


ΑΝΑΣΣΩΝ ΦΟΙΒΕ ΠΑΡΝΑΣΟΥ ΤΕ
ΚΡΑΝΑΝ ΚΑΣΤΑΛΙΑΝ ΦΙΛΕΩΝ







PHOTOGRAPHISCHE GESELLSCHAFT A. G. BERLIN-STEGLITZ
nach einer Original-Aufnahme v. E. SELLIN & Co. Berlin

Verlag Otto Liebmann, Berlin W.

FESTGABE

DER

JURISTISCHEN GESELLSCHAFT ZU BERLIN.

ZUM 50 JÄHRIGEN DIENSTJUBILÄUM

IHRES VORSITZENDEN,

DES WIRKLICHEN GEHEIMEN RATS

DR. RICHARD KOCH.

NEBST EINEM PORTRÄT DES JUBILARS.



BERLIN 1903.

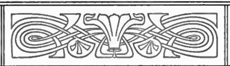
VERLAG VON OTTO LIEBMANN,

BUCHHANDLUNG FÜR RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTEN,

W. STEGLITZERSTRASSE 58.



Druck von Breitkopf & Härtel in Leipzig.


SEINER EXZELLENZ
DEM PRÄSIDENTEN DES REICHSBANK-DIREKTORIUMS
WIRKLICHEN GEHEIMEN RAT

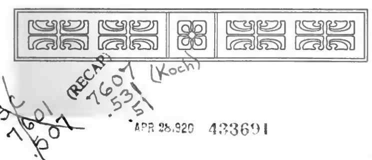
HERRN

DR. JUR. RICHARD KOCH,

KRONSYNDIKUS UND MITGLIED DES HERRENHAUSES,
IHREM LANGJÄHRIGEN VORSITZENDEN,

WIDMET DIE NACHSTEHENDEN ARBEITEN
IHRER MITGLIEDER ALS FESTGABE ZUM
50JÄHRIGEN DIENSTJUBILÄUM
AM 2. NOVEMBER 1903
IN DANKBARER VEREHRUNG

DIE JURISTISCHE GESELLSCHAFT
ZU BERLIN.





INHALTSVERZEICHNIS.



Zur

GESCHICHTE DER JURISTISCHEN GESELLSCHAFT ZU BERLIN.



Von Dr. HUGO NEUMANN,
RECHTSANWALT BEIM KAMMERGERICHT IN BERLIN.



Das erste Morgenrot der anbrechenden „neuen Ära" erweckte wie überall im deutschen Volke so namentlich in den Kreisen der Berliner Juristen die Hoffnung nicht nur auf ein politisch geeintes Deutschland, sondern auch auf bald ins Leben tretende Reformen auf dem Gebiete des Privat- und Strafrechts.

Diese Hoffnung blieb nicht ohne eine tiefe Wirkung auf den damaligen Juristenstand. Brachte sie ihm doch seine Pflicht, mitzuarbeiten an der Erreichung des großen Zieles, zum Bewußtsein. Dieses Bewußtsein erzeugte alsbald den Willen zur Schaffung der für solche Mitarbeit des Standes notwendigen Gliederung. Es entstanden in einem Jahre die Preußische Gerichtszeitung (18. April 1859), die Juristische Gesellschaft zu Berlin (7. Mai 1859), der Deutsche Juristentag, dessen Ausschreibung in der Sitzung der Juristischen Gesellschaft vom 14. April 1860 beschlossen wurde.

Die Preußische Gerichtszeitung, Organ für Rechtswissenschaft und Rechtspflege, Redakteur: C. C. E. Hiersemenzel, bringt in ihrer Nr. 9 vom 9. Mai 1859 die Geburtsanzeige unserer Gesellschaft in der Spalte „Juristisches Allerlei":

„Wir haben unseren juristischen Lesern die erfreuliche Mitteilung zu machen, daß am 7. d. Mts. eine Anzahl hiesiger Juristen zu einem wissenschaftlichen Verein unter dem Namen „Juristische Gesellschaft" zusammengetreten ist. Der Verein wird allmonatlich wenigstens eine Sitzung halten, in welcher wissenschaftliche Vorträge nebst sich daran schließenden Diskussionen stattfinden sollen. Daneben liegt es in der Absicht, alle wichtigeren juristischen Journale und Broschüren in einem für den Verein zu gründenden Lesekabinett zu halten, sowie für das gesellige Vergnügen der Vereinsmitglieder Sorge zu tragen. Zum provisorischen Vorstande sind die Herren Stadtgerichtsrat Graf v. Wartensleben, Stadtgerichtsrat Borchardt, Privatdozent v. Holtzendorff, Stadtrichter Simson und Rechtsanwalt Volkmar sowie zum Schriftführer der Redakteur dieser Zeitung erwählt und mit der Ausarbeitung eines Statuts beauftragt. Die erste Sitzung nebst Vortrag wird jedenfalls schon im nächsten Monat stattfinden."

In dem ersten Vereinsjahre fanden außer der Sitzung vom 11. Juni noch acht weitere Sitzungen statt, in welchen 16 Vorträge gehalten wurden. Hierbei mag hervorgehoben werden, daß nach den damaligen Statuten längere Vorträge in der Regel die Dauer von 30 Minuten und kürzere die von 10 Minuten nicht überschreiten sollten.

Das bedeutsamste Ereignis des ersten Jahres und vielleicht in der gesamten Tätigkeit unserer Gesellschaft ist der kühne und groß angelegte, auf Vorschlag des Vorstandes in der Sitzung vom 10. März 1860 gefaßte Beschluß, einen deutschen Juristentag auszuschreiben.

Das Protokoll vom 10. März 1860 (Preußische Gerichtszeitung Nr. 13) berichtet hierüber:

Der Referent Herr Privatdozent Dr. v. Holtzendorff wies zunächst auf das Vorbild anderer allgemeiner Versammlungen zu wissenschaftlichen Zwecken hin und behauptete, daß sich ein wirkliches inneres Bedürfnis für die nähere Verbindung der deutschen Juristen nachweisen lasse. Es sei die Gemeinsamkeit des deutschen Rechtsbewußtseins tatsächlich weniger gepflegt worden, als die Bemühungen, gewisse wesentliche Grundlagen für die materiellen Interessen des wissenschaftlichen Lebens zu gewinnen.

Eine allgemeine, periodisch wiederkehrende Juristenversammlung würde befähigt sein, neben den positiven Leistungen und Vorarbeiten für gewisse Rechtszweige, das Gefühl der Rechtsgemeinsamkeit zu beleben, eine Wechselwirkung zwischen Theorie und Praxis herbeizuführen, einem einseitigen mikroskopischen Rechtsdogmatismus entgegenzutreten, und fern von allem blinden Zentralisationseifer denjenigen Besonderheiten in den Landesrechten Geltung zu verschaffen, welche in den Eigentümlichkeiten und Verhältnissen ihre objektive Grundlage fänden.

Nach einer lebhaften Besprechung des Gegenstandes wurde beschlossen,

> den Vorstand zu ermächtigen, die Sache in die Hand zu nehmen und sie bis zur öffentlichen Ausschreibung des deutschen Juristentags vorzubereiten.

Bereits in der nächsten Sitzung vom 14. April erstattete der Schriftführer Hiersemenzel namens des Vorstandes Bericht. Dem Vorschlage des Vorstandes entsprechend wurde beschlossen,

> nunmehr eine aus zehn Mitgliedern bestehende Kommission mit der Befugnis zu erwählen, die Berufung eines deutschen Juristentags weiter zu fördern und hierbei selbständig nach eigenem besten Ermessen zu verfahren.

In diese Kommission der Juristischen Gesellschaft für Ausschreibung eines deutschen Juristentags wurden gewählt:

Kammergerichtsrat Buddee, Justizrat Dorn, Geh. Justizrat und Professor Dr. Heydemann, Stadtrichter Hiersemenzel (Schriftführer), Privatdozent Dr. v. Holtzendorff,

Gerichtsassessor Makower, Obertribunalsrat Meyer, Kreisjustizrat Dr. Strass, Justizrat Volkmar, Stadtgerichtsrat Graf v. Wartensleben (Vorsitzender).

Die von der Kommission in der Preußischen Gerichtszeitung vom 16. Mai 1860 veröffentlichte Einladung zu dem auf den 28., 29., 30. August 1860 einberufenen Juristentage hebt an: „Beseelt von dem Wunsche, die Einheit Deutschlands auf dem Gebiete des Rechtes nach Kräften fördern zu helfen, hat die Juristische Gesellschaft in Berlin beschlossen, einen deutschen Juristentag auszuschreiben und jährlich wiederkehrende Versammlungen von deutschen Rechtsverständigen anzubahnen."

Die Kommission hatte eine vorläufige Tagesordnung und eine vorläufige „Ordnung für den deutschen Juristentag" entworfen, aus welch letzterer alsdann das Statut des Juristentags hervorging. Die Kommission erstattete der Gesellschaft in der nächsten Sitzung Bericht[1].

Der Juristentag trat zusammen. Am Abend des 27. August 1860 versammelten sich die Teilnehmer zum ersten Male als Gäste der Juristischen Gesellschaft im Odeum, einem großen und vornehmen Vergnügungsort an der Tiergarten- und Hohenzollernstraße. Am nächsten Tage wurde die erste Plenarversammlung des Juristentags durch den Vorsitzenden der Juristischen Gesellschaft offiziell eröffnet, und auf seinen Vorschlag Carl Georg v. Wächter zum Präsidenten erwählt.

Glänzend gestaltete sich die erste Tagung. Der Prinzregent hatte aus Staatsmitteln 2500 Taler zur Deckung der Kosten bewilligt, die meisten Regierungen der deutschen Staaten, allen voran Preußen durch den Justizminister Simons, sich beteiligt, der damalige Prinz Friedrich Wilhelm von Preußen, spätere Kaiser Friedrich, die Eröffnungssitzung besucht und die Teilnehmer in Potsdam empfangen. Die Juristische Gesellschaft ließ es sich nicht nehmen, dem Manne, der durch die Macht und Kraft seiner Persönlichkeit, seines Wissens und Könnens zu diesem Erfolge beigetragen hatte, in künstlerisch ausgestatteter Adresse ihren Dank auszudrücken[2].

In seiner Erwiderung sagt Wächter:

„... daß der Juristentag die ersprießlichsten Früchte tragen und mit Recht für das große Ziel, das er sich setzte, wirken wird, dies läßt sich jetzt wohl schon mit Sicherheit sagen. Wenn aber einst Deutsch-

[1] PrGZ. 1860 S. 65.
[2] PrGZ. 1861 S. 15.

land die Resultate dieser Wirksamkeit zu rühmen haben wird, wenn es endlich einmal durch eines der festesten Bande der Zusammengehörigkeit und Einheit, durch ein gleiches, gemeinsames Recht, verbunden ist und der Segnungen desselben sich erfreut, so darf und wird man nicht vergessen, daß die Berliner Juristische Gesellschaft es war, welche es wagte, in umfassender Weise die Anregung zu dem großen Werke zu gehen, und dem tiefgefühlten Bedürfnisse einen mächtigen Ausdruck zu verschaffen."

Die durch die gemeinschaftliche Arbeit begründete verehrungsvolle und freundschaftliche Gesinnung zwischen der Juristischen Gesellschaft und Wächter blieb von Bestand. In der Sitzung vom 16. März 1861 ist Wächter Gast der Gesellschaft, er wird mit Jubel von der Versammlung begrüßt, die, wie das Protokoll vermerkt, sich unaufgefordert von ihren Sitzen erhob[1]. In der großen Sitzung vom 29. November 1861, auf die wir alsbald noch zurückkommen, ist es wiederum Wächter, der der Stimmung der Versammlung, der Verehrung des gesamten deutschen Juristenstandes für den dahingegangenen Meister Savigny beredten Ausdruck gibt. Im Auftrage der Gesellschaft legt Dorn einen Kranz auf seinen Sarg nieder, und Dernburg hält die Festrede in der zu seinen Ehren veranstalteten Gedächtnisfeier (14. Januar 1880)[2].

Der deutsche Juristentag war geboren. Seine Geschichte trennt sich fortab von der unserer Gesellschaft[3], die ihm indes stets ihre mütterliche Liebe bewahrte. Bis zum Jahre 1894 läßt sie sich regelmäßig über seine Verhandlungen berichten. Bis zum 5. Juristentag im Jahre 1864 ist Hiersemenzel, von da ab, 6. Juristentag 1867 bis zum 22. Juristentag 1894, Rubo der Berichterstatter gewesen[4]. Und auch jetzt noch weisen die Jahresberichte unserer Gesellschaft eine Anlage auf, die unter der Überschrift „Der Deutsche Juristentag" einen kurzen

[1] PrGZ. 1861 S. 64.

[2] 21. Jahresber. S. 2.

[3] Die Geschichte des Juristentags ist noch nicht geschrieben. Vgl. dazu Kißling, die Verhandlungen der ersten zehn Deutschen Juristentage (1860—1872) 1873, Thomsen, Gesamtbericht über die Tätigkeit des Deutschen Juristentags in den 25 Jahren seines Bestehens (1860 bis 1885) 1885; beide Schriften sind im Auftrage der ständigen Deputation gearbeitet und in Berlin bei Guttentag erschienen. Ferner zu vergl. in der dem 26. Juristentage gewidmeten Festnummer der Deutschen Juristen-Zeitung 1902 S. 398 ff. Neumann, Der erste Deutsche Juristentag zu Berlin am 28.—30. August 1860 und Stenglein, Geschichte des Deutschen Juristentags in derselben Nr. d. Bl. S. 401 ff.

[4] Über den 12. und 13. Juristentag Nürnberg und Salzburg 1875 und 1876, und über die Juristentage nach 1894 hat eine Berichterstattung nicht mehr stattgefunden.

geschichtlichen Abriß, das Statut und das Mitgliederverzeichnis der ständigen Deputation des Deutschen Juristentags enthält.

Erst im Jahre 1902 lenkte der Deutsche Juristentag in seiner 26. Tagung auf Anregung der Juristischen Gesellschaft seine Schritte wieder nach Berlin, und wieder wie im Jahre 1860 war er am Begrüßungsabende Gast seiner Mutter, der Juristischen Gesellschaft[1].

Es ist schwer, sich eine richtige Vorstellung von der neuen Ära und dem sie beseelenden Schaffensdrange zu machen. Und doch können wir ohne sie weder Personen noch Vorgänge der Zeit verstehen und würdigen. Die Tatsachen mögen sprechen.

Am 17. November 1860 hatte die ständige Deputation des Juristentags unter ihrem Präsidenten Bornemann mit Stimmeneinheiligkeit es für wünschenswert erklärt,

> daß seitens der beiden deutschen Großstaaten, Österreich und Preußen, schleunigst die Initiative wenigstens für eine gemeinsame deutsche Zivil- und Strafprozeßgesetzgebung ergriffen werde.

Abschrift des Protokolls wurde dem preußischen Justizminister v. Bernuth und der wiener Regierung überreicht. Am 20. März 1861 ist die Preußische Gerichtszeitung, Organ des Deutschen Juristentags, in der Lage, an leitender Stelle unter der Rubrik „Deutsche Juristentags-Zeitung" folgende Schriftstücke abzudrucken:

> Der verehrlichen Redaktion der Preußischen Gerichtszeitung übersende ich in der Anlage Abschrift eines Allerhöchsten Erlasses vom 25. Februar d. J. über die Einsetzung einer Kommission zur Revision unseres Zivil- und Strafprozeßrechts und, — wenn möglich — zur Herbeiführung einer gemeinsamen Deutschen Gesetzgebung auf diesen Rechtsgebieten, mit dem Anheimstellen, denselben durch Ihr Blatt veröffentlichen zu wollen.
>
> Berlin, den 12. März 1861.
>
> Der Justizminister
> v. Bernuth.

> Anlage.
>
> Einverstanden mit den in dem Berichte des Staatsministeriums vom 14. Februar d. J. aufgestellten Ansichten, genehmige ich, daß zur Revision Unseres Zivil- und Strafprozeßrechts und — wenn möglich — zur Herbeiführung einer gemeinsamen Deutschen Gesetzgebung auf diesen Rechtsgebieten eine von dem Justizminister zu berufende Kom-

---

[1] Das Nähere vgl. 44. Jahresber. S. 2 und namentlich den Kassenber. S. 10: Für Begrüßung des Deutschen Juristentags Mk. 13902,10.

mission, zu deren Vorsitzenden ich den zweiten Präsidenten des Ober-Tribunals Dr. Bornemann hiermit ernenne, niedergesetzt werde.

Das Staatsministerium hat hiernach das Weitere zu veranlassen.

Berlin, den 25. Februar 1861.

gez. Wilhelm.

(Gegengez.) Fürst zu Hohenlohe-Sigmaringen, v. Auerswald, v. d. Heydt, Freiherr v. Schleinitz, v. Patow, Graf Pückler, v. Bethmann-Hollweg, Graf v. Schwerin, v. Roon, v. Bernuth.

Mit Recht durfte Hiersemenzel in seiner Zeitung jubeln: Der Samen, den der erste Deutsche Juristentag ausgestreut, treibt mächtige Keime, noch ehe der zweite Juristentag sich versammelt.

Dies war im März; es folgt am 24. Mai 1861 das Gesetz betr. die Erweiterung des Rechtswegs und genau einen Monat später das EG. zum Allgemeinen Deutschen HGB. vom 24. Juni 1861, der erste große Schritt zur deutschen Rechtseinheit seit der Wechselordnung[1]. Am 24. Juli 1861 bringt die Preußische Gerichtszeitung die Einladung zum ersten preußischen Anwaltstag und zur Gründung eines Vereins der preußischen Rechtsanwälte. Überall zeigt sich Arbeitslust und Schaffenskraft.

In diese Zeit frischen Strebens und Schaffens fällt der Tod Friedrich Carl v. Savignys (25. Oktober 1861). Die Juristische Gesellschaft beauftragt am 9. November 1861 ihren Vorstand, eine Gedächtnisfeier für den großen Meister zu veranstalten. So findet die denkwürdige Sitzung vom 29. November 1861 statt. Das Protokoll über diese außerordentliche Sitzung vom 29. November 1861 ist in der trauerumränderten Nr. 90 der Deutschen Gerichtszeitung vom 18. Dezember 1861 abgedruckt[2]. Der König und die Königin, sowie der Kronprinz hatten die Gesellschaft mit ihrer Anwesenheit beehrt. Unter den zahlreichen Ehrengästen befanden sich außer dem Sohne des Verewigten die Minister, insbesondere auch Dr. Simons und v. Bernuth, die Spitzen der Behörden; für den Deutschen Juristentag waren Dr. Wächter und Dr. Schwarze erschienen.

Nach der Festrede des Geh. Justizrats Professor Dr. Heydemann, die in dem Sitzungsprotokolle wörtlich wiedergegeben ist, machte der Präsident der Versammlung die Mitteilung,

[1] Vgl. Kochs Ansprache nach dem Ableben Kaiser Wilhelm I. in der Sitzung vom 14. April 1888. 30. Jahresber. S. 10.

[2] Vom Juli 1860 ab hatte die Preußische Gerichtszeitung den Titel Deutsche Gerichtszeitung angenommen. Es entsprach das dem Wunsche des Deutschen Juristentags.

daß der Vorstand der Juristischen Gesellschaft beschlossen habe, sich als Komitee behufs Gründung einer „Savigny-Stiftung zur Förderung der vergleichenden Rechtswissenschaft“ zu konstituieren. Er sei von der Überzeugung durchdrungen, daß der Gedanke einer solchen Stiftung, wie er hier schon vielfach Anklang gefunden, so auch auswärts Beifall finden werde. Er richte deshalb an den heute im Saale weilenden auswärtigen Gast, den Herrn Geheimen Rat Professor Dr. v. Wächter aus Leipzig die Bitte, über diesen Gegenstand sich zu äußern und zu diesem Zwecke die Tribüne betreten zu wollen.

Dr. v. Wächter kam diesem Wunsche nach, indem er von der Tribüne herab in schönen und inhaltsvollen Worten, die ebenfalls in dem Protokolle nachgelesen werden können, dem von dem Präsidenten ausgesprochenen Gedanken einer Savigny-Stiftung, „eines Denkmals, das nicht an Ort und Raum gebunden ist“, beipflichtet.

Noch im Dezember wurde ein Aufruf veröffentlicht, mittels dessen zur Beteiligung an der Sammlung für die Savigny-Stiftung eingeladen wurde. Zu den Unterzeichnern dieser Einladung gehörten außer den Mitgliedern des Vorstandes unserer Gesellschaft die Minister v. Bernuth und v. Bethmann-Hollweg, v. Patow, Graf von Schwerin, Präsident Bornemann, die Professoren Bruns, Dove, Gneist, Heydemann, Homeyer, Richter, Rudorff und der Dozent der Rechte Dr. R. Dove.

Der erste Beitrag in Höhe von zusammen 500 Talern wurde von dem König und der Königin von Preußen gezeichnet.

Die Juristische Gesellschaft verfolgte mit Interesse den Werdegang des Stiftungsunternehmens. Am 27. März 1863 einigte sich das Gründungskomitee über das Statut, auf Grund dessen der Savigny-Stiftung durch die Allerhöchste Ordre vom 20. Juli 1863 die landesherrliche Genehmigung erteilt wurde. Nach §§ 6 ff. des Statuts hat die Juristische Gesellschaft neben der Kgl. Akademie der Wissenschaften und der juristischen Fakultät der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin in das aus sechs Personen bestehende Stiftungskuratorium zwei Mitglieder zu entsenden. Die Juristische Gesellschaft wählte in das Kuratorium am 12. Dezember 1863 Graf v. Wartensleben und Justizrat Meyen. An Stelle des verstorbenen Grafen v. Wartensleben trat am 11. März 1882 Justizrat v. Wilmowski, an Stelle des verstorbenen Justizrats Meyen am 19. Mai 1894 Justizrat Richard Wilke. An die Stelle Wilmowskis wurde nach dessen Ableben Exzellenz Stölzel gewählt. Ebenso wie in Ansehung des Deutschen Juristentags

hält die Juristische Gesellschaft das zwischen ihr und der Savigny-Stiftung bestehende verwandtschaftliche Verhältnis dauernd wach, indem sie in einer besonderen Anlage zu ihren Jahresberichten unter der Überschrift „Savigny-Stiftung" einen historischen Abriß der Entstehungsgeschichte und der Wirksamkeit der Stiftung gibt[1].

Im Anschluß an diese beiden „von der Gesellschaft ins Leben gerufenen und daher in enger Beziehung zu derselben stehenden Institutionen"[2] ist der Holtzendorff-Stiftung zu gedenken, an der die Gesellschaft durch Zahlung eines einmaligen Beitrags von 500 Mk. bei der von dem Ehrenmitgliede Alphonse Rivier in Brüssel betriebenen Gründung[3] und durch einen Jahresbeitrag von 50 Mk.[4] beteiligt ist. In den Vorstand dieser hauptsächlich der Förderung strafrechtlicher, gefängniswissenschaftlicher und völkerrechtlicher Studien gewidmeten Stiftung hat die Gesellschaft ein Mitglied zu wählen. Die Wahl der Gesellschaft fiel zunächst und wiederholt auf Professor Dambach und nach seinem Tode im Oktober 1899 auf den Geh. Oberjustizrat und Oberstaatsanwalt Wachler, der auch gegenwärtig noch auf Grund der Wahl dem Vorstande dieser Stiftung angehört.

Diese beiden hervorragendsten Leistungen der Juristischen Gesellschaft — Juristentag und Savigny-Stiftung — sind die Früchte einer außerordentlichen, dem Gesellschaftszwecke, die Rechtswissenschaft zu fördern, nur mittelbar dienenden Tätigkeit der Gesellschaft, die anscheinend instinktiv die Unterlassungen der Fachgenossen früherer Generationen wett zu machen bestrebt war.

Zu den außerordentlichen Mitteln, durch welche die Gesellschaft in Erfüllung ihres Vereinszweckes die Rechtswissenschaft zu fördern bestrebt war, gehörte die Ausschreibung von Preisaufgaben. Inhalt und Zeit ihrer Ausschreibung lassen als bewegendes Moment das Interesse der Gesellschaft an der Erreichung und Fortbildung einheitlichen deutschen Rechtes erkennen, wie denn auch das zweite Preisausschreiben in der Festsitzung zur Feier des Verfassungsgesetzes vom

---

[1] Die Wirksamkeit der Savignystiftung ist ausführlich dargestellt in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 14 S. III ff. von Bruns, Bd. 35 S. 1 ff. von Brunner.

[2] So der typisch wiederkehrende Hinweis der Jahresberichte auf die den Juristentag und die Savignystiftung betreffenden Anlagen.

[3] Beschluß vom 12. IV. 1890. 32. Jahresber. S. 9.

[4] Beschluß vom 8. IV. 1893. 35. Jahresber. S. 11.

20. Dezember 1873, über Erweiterung der Reichsgesetzgebungskompetenz auf das gesamte bürgerliche Recht, das vierte in der Festsitzung zur Feier des Inkrafttretens des BGB. beschlossen wurde. Der Preis betrug das erste Mal 50 Friedrichsdor, sonst je 1500 Mk.

Als erste Preisaufgabe wurde am 11. März 1865 die Frage gestellt:

„Ist die körperliche Haft ein zulässiges Exekutionsmittel in Zivilprozeßsachen?"

Als Preisrichter walteten Friedberg, Gneist, Bruns (als Ersatzmann für Heydemann), Plathner und Graf v. Wartensleben. Als Verfasser der preisgekrönten Schrift ergab sich der Gerichtsassessor Dr. Paul Ullmann[1]. Die Arbeit ist in der Deutschen Gerichtszeitung von 1866, Neue Folge, Band I, abgedruckt.

Die zweite Preisaufgabe vom 14. Februar 1874 verlangte „den Entwurf eines Gesetzes über das deutsche Erbrecht nebst Motiven und eine vergleichende Zusammenstellung der erbrechtlichen Bestimmungen aus den wesentlichsten der in Deutschland gegenwärtig geltenden Gesetzgebungen."

Die Preisrichter waren die Obertribunalsräte Vierhaus und Struckmann, die Professoren Bruns und Gneist und der Rechtsanwalt Geh. Justizrat Dorn. Als Verfasser der gekrönten Schrift wurde der Kgl. Konsistorial-Präsident Dr. Mommsen zu Kiel, früher Professor der Rechte in Göttingen, ermittelt. Die Arbeit ist im Jahre 1876 in Braunschweig bei C. A. Schwetschke & Sohn erschienen und umfaßt 499 Seiten in 8°.

In der Generalversammlung vom 21. April 1894 wurde die nachstehende dritte Preisaufgabe ausgeschrieben:

„Welche Rechtssätze des internationalen Privatrechts eignen sich zur Aufnahme in das künftige BGB. für das Deutsche Reich? Gesetzentwurf nebst Begründung und einer vergleichenden Zusammenstellung der einschlagenden Bestimmungen aus den wichtigeren in- und ausländischen Gesetzgebungen."

Die Preisrichter Eck, Dernburg, Stölzel, Keyssner, v. Wilmowski sprachen den Preis der Arbeit zu, die von Dr. Hugo Neumann, Rechtsanwalt beim Kammergericht zu Berlin, herrührte. Die Arbeit ist im Jahre 1896 bei Vahlen in Berlin erschienen und umfaßt 284 Seiten.

---

[1] Jetzt Geh. Oberregierungsrat, seit 1864 Mitglied unserer Gesellschaft.

Die vierte Preisaufgabe vom 13. Januar 1900 lautete:

„Begriff, Wesen und Behandlung der Wertpapiere nach dem BGB. und dessen Nebengesetzen.“[1]

Die Preisrichter (der Präsident der Gesellschaft, die Professoren Gierke und Oertmann, Geh. Justizrat Dr. Wilke und Senatspräsident Schepers) erkannten den Preis der Arbeit des Gerichtsassessors Dr. Ernst Jacobi in Breslau zu. Die Arbeit ist in Jena 1901 in der Fischerschen Sammlung erschienen, ihr Umfang beträgt 395 Seiten.

Durch Gewährung eines Beitrags von 50 Talern beteiligte sich die Juristische Gesellschaft ferner im Jahre 1869 an einem Preisausschreiben der Oberlausitzischen Gesellschaft der Wissenschaften zu Görlitz, das

„die Entstehung und Ausbildung der eigentümlichen Rechts- und Staatsverhältnisse der Oberlausitz bis zum 16. Jahrhundert“

zum Gegenstande hatte.

Der Preis von 900 Mk. wurde im Jahre 1876 dem Professor Dr. Knothe zu Dresden zuerkannt. Im Preisrichterkollegium war die Juristische Gesellschaft durch den Geh. Justizrat Professor Dr. Beseler vertreten[2].

Als Mittel zur Erreichung des Gesellschaftszwecks, die Rechtswissenschaft zu fördern und den Juristen einen Vereinigungspunkt zu gewähren, bezeichnet das Statut Versammlungen und die Bibliothek, wie hier zusammenfassend die Gesamtheit der dem Bibliothekar der Gesellschaft nach dem Statut unterstehenden Dinge genannt werden möge. Zunächst die Bibliothek, das verlorene, das Schmerzenskind der Gesellschaft.

Das Statut von 1859 hatte die Gründung eines Lesekabinetts vorgesehen, in dem für die Mitglieder juristische Zeitschriften und Novitäten ausliegen und Anträge auf Statutenänderung vor ihrer Beratung 14 Tage lang aushängen sollten (§§ 2 und 12 des Statuts).

Schon bei seiner Errichtung hatte das Lesekabinett mit Schwierigkeiten zu kämpfen. In der Preußischen Gerichtszeitung vom 5. Oktober 1859 wird zum 15. Oktober die Eröffnung des Lesekabinetts in dem Mäderschen Lokal, Unter den Linden 23, (wo die Gesellschaft sich damals zu versammeln

[1] Die Auswahl des Themas war durch eine besondere, am 11. November 1899 aus den Herren Präsident Dr. Koch, Geh. Justizräte Professoren Dr. Eck und Dr. Gierke, Senatspräsident Schepers und Geh. Justizrat Dr. Lesse gebildete Kommission erfolgt.

[2] 13. Jahresber. S. 1, 18. Jahresber. S. 2.

pflegte) angekündigt, während nach einer Mitteilung in Nr. 48 vom 26. Oktober das Lesekabinett Behrenstr. 24 an das daselbst bestehende „Berliner Lesekabinett" von Fürstenberg derart angeschlossen ist, daß sich die Journale der Gesellschaft[1] in einem dieser vorbehaltenen Zimmer befinden und daß den Mitgliedern auch die unentgeltliche Benutzung des Fürstenbergschen Lesekabinetts freisteht.

Bereits am 15. November 1862 (Deutsche Gerichtszeitung S. 259) wurde mit Rücksicht auf hervorgetretene Übelstände auf Vorschlag des Vorstandes beschlossen, das Lesekabinett eingehen zu lassen[2], die Vereinsbibliothek im Bureau des Deutschen Juristentags, Schönebergerstr. 26, das dessen Schriftführer unentgeltlich hergab, aufzustellen, und zwei Lesezirkel für die Mitglieder der Gesellschaft einzurichten. Nach dem gleichzeitig festgesetzten Regulativ war der eine Lesezirkel dem Zivilrecht und dem Zivilprozeß, der andere dem Strafrecht und dem Strafprozeß gewidmet. Als Jahresbeitrag wurde für jeden der beiden Lesezirkel der Betrag von 1 Tlr. 15 Sgr. erhoben. Nur wenig Mitglieder beteiligten sich an den Lesezirkeln, im Vereinsjahr 1863/64 an dem zivilistischen Zirkel 17, an dem kriminalistischen nur 8 und schließlich nur 5 Mitglieder. Beide Zirkel wurden nunmehr vereinigt[3]; der Universitätsbibliothek wurde eine Anzahl von Journalen des Lesezirkels übereignet, wogegen die Bibliothek dem Lesezirkel eine Anzahl von Journalen zur Benutzung überließ[4]. Die Teilnehmerzahl ging indes immer weiter bis auf 12 zurück, bis am 11. April 1885 beschlossen wurde[5], den Lesezirkel vom 1. Juli 1885 ab bis auf weiteres eingehen zu lassen.

Im Laufe des 4. Vereinsjahrs (1862/63) war ein Katalog der bereits durch 182 Geschenke bereicherten Vereinsbibliothek, nach Materien geordnet und mit einem alphabetischen

[1] Es lagen aus: Justizministerialblatt, Entsch. d. OTr., Strieth. Archiv, Gruchot, PrGZ., Goltdammers Archiv, Temmes Archiv f. strafrechtl. Entsch., Archiv f. d. ziv. Pr., Schletters Jahrbücher d. deutschen Rechtswissenschaft u. Gesetzgebung, Iherings Jahrb., Beseiers Ztschr. f. deutsches Recht usw., Goldschmidts Ztschr., Voigt und Heinicken, Neues Archiv f. Handelsrecht, Österr. Gerichts-Ztg., Zarnckes Literarisches Zentralblatt f. Deutschland. (PrGZ. 1859 Nr. 48.)

[2] Die hierdurch erforderliche Abänderung der statutarischen Bestimmung über Aushängung von Anträgen im Lesekabinett erfolgte durch Beschluß vom 10. Januar 1863.

[3] 5. Jahresber. S. 4.

[4] 8. Jahresber. S. 4.

[5] 27. Jahresber. S. 8.

Register versehen, hergestellt[1]. Der Vereinsbibliothek fließen fortdauernd reichliche Geschenke zu, auch wertvolle Werke werden von angesehenen Autoren, offizielle und offiziöse Drucksachen von vielen Regierungen und sonstigen Amtsstellen der deutschen Bundesstaaten, wissenschaftliche Erörterungen, Programme, Jahresberichte usw. von In- und ausländischen Universitäten, sonstigen Körperschaften und Einzelnen gespendet.

Auch die Gesellschaft macht nicht unerhebliche Anschaffungen.

Nach mehrjähriger Arbeit wird während des Vereinsjahrs 1865/66 der Katalog[2] der Vereinsbibliothek vollendet[3]. Bis April 1867 befindet sich die Bibliothek in dem inzwischen nach der Trebbinerstr. Nr. 14 verlegten Bureau des Deutschen Juristentags[4]. Der neunte Jahresbericht[5] (1867/68) erwähnt, daß die Bibliothek der Gesellschaft im Lokale der Königl. Universitätsbibliothek, Taubenstr. 29, aufgestellt und daselbst täglich von 12—2 Uhr geöffnet sei. Die Rechtsnatur des zwischen Universitätsbibliothek und Juristischer Gesellschaft obwaltenden Verhältnisses lassen die gedruckten Materialien nicht erkennen. Die folgenden Jahresberichte[6] vom 10. bis zum 26.[7] enthalten den typischen Vermerk: die Bibliothek der Gesellschaft ist „als eine besondere Stiftung" im Lokale der Universitätsbibliothek aufgestellt. Der 26. Jahresbericht für das Vereinsjahr 1884—1885 bringt das neue Statut, dessen § 3 lautet:

> Die Mittel, welche der Gesellschaft behufs Erreichung des (Gesellschafts-)zwecks zur Verfügung stehen, sind
>
> 3. die Bibliothek der Gesellschaft, welche mit der Königl. Universitätsbibliothek vereinigt ist.

Der 27., 28. und 29. Jahresbericht sagen:

> Die Bibliothek der Gesellschaft, welche mit der Königl. Universitätsbibliothek vereinigt ist (vgl. Statut § 3c), ist als eine besondere Stiftung im Lokale der letzteren aufgestellt.

In den Jahresberichten 30—35 ist der Zusatz „als besondere Stiftung" unterdrückt.

---

[1] 4. Jahresber. S. 5.
[2] 6. Jahresber. S. 3.
[3] 7. Jahresber. S. 3.
[4] DGZ. 1867, NF., 2. Jahresber. S. 277.
[5] 9. Jahresber. S. 2.
[6] 10. Jahresber. S. 2; 12. Jahresber. S. 2.
[7] Mit Ausnahme des 11., wo der Zusatz „als besondere Stiftung" fehlt.

Vom 36. Jahresbericht ab ist über den örtlichen Verbleib der Bibliothek nichts mehr gesagt, sondern nur mitgeteilt, daß und welche Schriften für die Bibliothek eingegangen sind.

Von Zeit zu Zeit wurde in den Generalversammlungen der Gesellschaft die Bibliotheksfrage zur Sprache gebracht und Kritik an den auch vom Vorsitzenden „als nicht mustergültig" anerkannten Verhältnissen geübt[1], auch im Jahre 1890 eine Kommission zur Vorberatung der Bibliotheksfrage eingesetzt[2], dieselbe auch im Jahre 1892[3] noch mit der Prüfung der Frage beauftragt, ob es nicht zweckmäßig wäre, wenn die Gesellschaft, vielleicht gemeinsam mit dem Berliner Anwaltverein, für ihre Bibliothek und ihre Versammlungen eigene Räume mietete.

Ein Bericht dieser Kommission[4] ist in den Drucksachen der Gesellschaft nicht zu ermitteln. Verschiedentlich wurde eine Beschlußfassung über die Unterbringung der Bücher vertagt[5], bis endlich am 12. April 1902[6] im Einvernehmen mit dem Herrn Landgerichtspräsidenten beschlossen wurde, die der Gesellschaft gehörenden Bücher der Bibliothek des Landgerichts I auf Widerruf zu überweisen, wogegen den Mitgliedern der Gesellschaft das Recht auf Benutzung der Bibliothek zustehen solle.

Nach den Statuten der Juristischen Gesellschaft sollen allmonatlich — nach den alten Statuten mit Ausschluß der Monate Juli und August, nach dem geltenden Statute mit Ausschluß der Monate Juli, August und September — Versammlungen der Gesellschaftsmitglieder stattfinden, in denen rechtswissenschaftliche Vorträge gehalten oder rechtswissenschaftliche Fragen erörtert werden, und denen ein gemeinschaftliches Abendessen folgen soll.

Bei einer Gesellschaft, die sich als vornehmste Aufgabe die Veranstaltung von Versammlungen zu rechtswissenschaftlichen Zwecken stellt, ist der naturgemäße Gradmesser für die Regsamkeit des Vereinslebens die Zahl der Sitzungen, ferner Zahl und Gehalt der wissenschaftlichen Vorträge[7]. Es sind bis Ende des 44. Vereinsjahrs (1902—1903) im ganzen 362 Sitzungen

[1] 31. Jahresber. S. 10.
[2] 32. Jahresber. S. 9.
[3] 34. Jahresber. S. 10.
[4] Die Kommission bestand aus Justizrat M. Levy †, Professor Rubo †, Kammergerichtsrat Dr. Kronecker.
[5] 36. Jahresber. S. 10; 42. Jahresber. S. 13; 43. Jahresber. S. 13.
[6] 44. Jahresber. S. 13.
[7] Vgl. Koch, Rückblick S. 6.

abgehalten worden, gegenüber einem statutarischen Soll von 422 Sitzungen[1]. Unter der Herrschaft des neuen Statuts ist nur in 2 von 18 Jahren die Zahl der Sitzungen um je eine hinter den statutarischen Anforderungen zurückgeblieben. In den Sitzungen sind seit Bestehen der Gesellschaft 370 Themata zum Gegenstande von Vorträgen oder wissenschaftlichen Erörterungen gemacht worden. Insonderheit fanden seit dem Wechsel des Vorsitzenden der Gesellschaft 172 Vorträge, 20 Berichte über Zeitschriftenliteratur, Juristentage usw., 9 sonstige rechtswissenschaftliche Erörterungen statt; in 103 Sitzungen entspannen sich Diskussionen rechtswissenschaftlichen Inhalts. Wenn bereits bei Gelegenheit des 25jährigen Stiftungsfestes der Gesellschaft von berufener Stelle ausgeführt werden konnte, daß der Inhalt der Vorträge unser ganzes vielgestaltiges Rechtsleben umschließt[2], so trifft dies nach weiterer 18jähriger Vereinstätigkeit noch in erhöhtem Maße zu.

Damals gab der allverehrte Präsident der Gesellschaft folgende Charakteristik der Vorträge:

„Die Fühlung mit den lebendigen Interessen der Gegenwart ist stetig dadurch erhalten, daß die Vorträge sich weniger die Erörterung abstrakter, rein wissenschaftlicher Themata oder die Auslegung des bestehenden Rechtes als die Beurteilung von Gesetzentwürfen, die Vertretung oder Prüfung der die Zeit bewegenden Reformvorschläge, die Orientierung in neuen umfassenden Gesetzen zur Aufgabe stellten. Diese Richtung tritt sogleich, in verstärktem Maße aber seit jener Zeit hervor, als die großen politischen Ereignisse um die Mitte der sechziger und anfangs der siebenziger Jahre der längst von den besten Kräften angestrebten Rechtsreform freies Feld öffneten. Kaum irgend einer der wichtigsten Justizgesetz-Entwürfe aus dieser fruchtbaren, schaffensfreudigen Periode ist in unserer Mitte unbesprochen geblieben, kaum einer der großen Reformgedanken nicht unter uns zu Worte gekommen."

Diese Zeichnung darf auch heute noch und insbesondere hinsichtlich der Vorträge als zutreffend gelten, die das große Gesetzgebungswerk des BGB. in den verschiedenen Abschnitten seines Werdeganges zeitigte. Schon zur Zeit der Veröffentlichung des ersten Entwurfs (1888) pflog der Vorsitzende mit den erfahrensten Mitgliedern Rat, wie die Gesellschaft ihrer Pflicht, an der Förderung des großen Werkes mitzuwirken, am besten gerecht werden könne. Das Ergebnis war, daß es als

---

[1] Für die ersten 26 Jahre je 10 Sitzungen, für die 18 Jahre der Geltung des neuen Statuts je 9 Sitzungen.
[2] Koch, Rückblick S. 6.

am meisten dem Statute, den Gewohnheiten und den Kräften der Gesellschaft entsprechend erachtet wurde, wenn die Grundgedanken des Entwurfs, sei es nach einzelnen Abschnitten oder nach bestimmten, den ganzen Entwurf umfassenden Gesichtspunkten in referierenden und kritischen Vorträgen behandelt würden, an die sich dann Diskussionen anschließen sollten. Dieser Vorschlag fand die Billigung der Gesellschaft[1]. Seine Ausführung ergibt die große Anzahl einschlägiger Vorträge im Jahre 1888 und den folgenden Jahren.

Als dann das Gesetzgebungswerk bis zur Vorlage im Reichstage gediehen war, blieb der Vorstand, der Stellung und Aufgabe der Gesellschaft entsprechend, mit Erfolg bemüht, hervorragende, meist auswärtige Rechtslehrer zu Vorträgen über die einzelnen Teile des BGB. zu gewinnen, um dadurch die nähere Bekanntschaft mit dessen Inhalte zu vermitteln und das warme Interesse für das Zustandekommen des großen nationalen Werkes auch seitens der Gesellschaft zu bezeigen. Hieraus gingen die in 6 Sitzungen (vom Januar bis Mai 1896) gehaltenen Vorträge hervor. Von der Tagesordnung dieser Sitzungen hatte der Vorstand dem Bundesrate, dem Reichstage, der Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines BGB., dem Reichsjustizamt und dem Kgl. preußischen Justizministerium mit der Bitte um Beteiligung Kenntnis gegeben. Zahlreiche Mitglieder der genannten Körperschaften haben darauf, der gegebenen Anregung folgend, an den Versammlungen teilgenommen[2]. Mit Freude und Stolz erinnern sich die Mitglieder noch der hohen ehrfurchtgebietenden Gestalt Geheimrats Dr. Planck, des Mannes, der seine beste Kraft in den Dienst des vaterländischen Werkes gestellt hatte, und durch seine Beteiligung an der Diskussion den Abenden erst die rechte Weihe gab.

Im übrigen wird wegen der einzelnen Vorträge, die im Laufe der Jahrzehnte in der Gesellschaft gehalten wurden, auf die Zusammenstellung S. 27ff. verwiesen.

Nur in seltenen Fällen steigerte die Gesellschaft ihre Mitwirkung an den Aufgaben der Gesetzgebung bis zur Niedersetzung von Kommissionen[3]. In der Sitzung vom 13. Mai 1864[4] wurden zwei Kommissionen niedergesetzt, die eine bestehend

---

1 30 Jahresber. S. 11.
2 37. Jahresber. S. 2.
3 Koch, Rückblick S. 6, 7.
4 DGZ. 1864 S. 99.

aus neun Gesellschaftsmitgliedern, die sämtlich der Hypothekendeputation des Berliner Stadtgerichts angehörten, zur Beratung des im preußischen Justizministerium ausgearbeiteten Entwurfs eines Gesetzes über das Hypothekenwesen und einer Hypothekenordnung für Preußen, die andere, bestehend aus 3 Richtern, 3 Rechtsanwälten und einem Staatsanwalt, zur Beratung des Entwurfs einer allgemeinen Deutschen Zivilprozeßordnung nach den bei der ersten Lesung gefaßten Beschlüssen (Hannover 1864). Die Zivilprozeßkommission beschloß, ihren Bericht bis zur Vollendung der zweiten Lesung des sog. Hannoverschen Entwurfs auszusetzen — und ließ weiter nichts von sich hören. Zur Erörterung des von der Hypothekenkommission schriftlich erstatteten Berichts war die Gesellschaftssitzung vom 8. April 1865 bestimmt. Hier erklärte der entsandte Kommissar des Justizministers in dessen Auftrage, daß die in dem Berichte geltend gemachten Bedenken als berechtigt anerkannt würden und daß der Entwurf fallen gelassen sei[1].

Nach einem Berichte des Justizrats Meyen über den der Gesellschaft vom Bundeskanzleramt mitgeteilten Entwurf eines Strafgesetzbuchs vom Jahre 1869 wurde im November 1869 eine viergliedrige Kommission niedergesetzt; die dem schriftlich erstatteten Kommissionsberichte beigegebenen 14 Thesen wurden zum Gegenstande der Beratung in den Dezember-, Januar- und März-Sitzungen 1869/70 gemacht. Die Protokolle vom November und Dezember 1869 enthalten den Meyenschen Bericht; die Diskussion über die allgemeinen Grundsätze des Entwurfs wurde durch den Druck veröffentlicht.

Hatte die Juristische Gesellschaft naturgemäß und regelmäßig sich in der Arbeit des Verstandes zu betätigen, so hat sie doch auch eines charakteristischen Gemütslebens nicht ermangelt. In ihren Festsitzungen hat sie es verstanden, den Gefühlen der Freude und der Trauer einen würdevollen Ausdruck zu geben.

Anlaß freudiger Festversammlungen waren ihr die bedeutsamen Schritte zu dem Ziele ihrer Sehnsucht, der sie Entstehung und Sein verdankt[2], der Sehnsucht nach der deutschen Rechtseinheit. So wurde gefeiert der erste Zusammentritt des norddeutschen Reichstags in der ersten Versammlung (16. Mai 1867) nach der ersten Reichstagssitzung. Als Festredner sprach Engel, der Statistiker, über „Arbeitsvertrag und Arbeits-

[1] Koch, Rückblick S. 7; 7. Jahresber. S. 1; DGZ. 1865 S. 84.
[2] 41. Jahresber. S. 83.

gesellschaft". Der deutsche Kronprinz beehrte die Versammlung mit seiner Anwesenheit; auch eine Anzahl von Mitgliedern des Reichstags, die Präsidenten an der Spitze, wohnten dieser Sitzung bei[1].

Als dann am 21. März 1871 das erste Mal der Deutsche Reichstag zusammentrat, war zur Begrüßung der Fachgenossen, die als Bevollmächtigte zum Bundesrat und als Mitglieder des Reichstags sich in der Reichshauptstadt versammelt hatten, auf den 24. März 1871 eine Festsitzung der Juristischen Gesellschaft angesetzt. Als Festredner sprach Gneist über den Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte. Ausnahmsweise gibt der Jahresbericht der Gesellschaft (12. Jahresber. S. 13) die Tischreden wieder, die das nachfolgende Festmahl verschönten.

Die nächste Feier galt dem Weihnachtsgeschenke von 1873, der Erweiterung der Reichsgesetzgebungskompetenz auf das gesamte bürgerliche Recht. In der Festsitzung vom 14. Februar 1874, der wiederum Vertreter des Bundesrats und des Reichstags beiwohnten[2], hielt Lasker den Festvortrag über die deutsche Rechtseinheit vor und seit dem Erlasse des Verfassungsgesetzes vom 20. Dezember 1873.

Und endlich der Festvortrag Sohms vom 13. Januar 1900 zur Feier des Inkrafttretens des BGB.[3], der noch den meisten der gegenwärtigen Mitglieder in lebhafter Erinnerung ist.

An den Ehrentagen hervorragender Fachgenossen und Mitglieder, bei goldenen Jubiläen hat die Gesellschaft ihren Gefühlen in Adressen oder Glückwünschen Ausdruck gegeben.

Die Pietät gegen dahingeschiedene Meister der Rechtswissenschaft und verdiente Mitglieder hat, wie wiederholt von dem Vorsitzenden hervorgehoben ist[4] und die veranstalteten Gedächtnisfeiern beweisen, stets einen schönen Zug in dem Leben der Gesellschaft gebildet.

Außer der bereits oben erwähnten Feier für Savigny fanden Gedächtnisfeiern statt für: Bornemann[5], Mittermaier[6], Hiersemenzel[7], Twesten[8], Heydemann[9], Wächter[10],

[1] 8. Jahresber. S. 2; 10. Jahresber. S. 3.
[2] 15. Jahresber. S. 1, 13; 37. Jahresber. S. 69.
[3] 41. Jahresber. S. 2, 83.
[4] Koch, Rückblick S. 10; 34. Jahresber. S. 59.
[5] Festredner Dr. Friedberg, 5. J. B. S. 2.
[6] Festredner v. Holtzendorff, 9. J. B. S. 1 u. 2.
[7] Festredner Dr. Wiener, 11. J. B. S. 4.
[8] Festredner Lasker, 12. J. B. S. 2.
[9] Festredner Dambach, 16. J. B. S. 2.
[10] Festredner Dernburg, 21. J. B. S. 2.

Bluntschli[1], Graf v. Wartensleben[2], Schwarze[3], Ihering[4] und Windscheid[5], Gneist[6], Levin Goldschmidt[7], Eck[8]*.

Historischen Charakters waren die Erinnerungsfeiern[9] zum 300jährigen Geburtstage Hugo Grotius[10], zum 1400jährigen Todestage Kaiser Justinians[11] und zum 100jährigen Todestage Gottlieb Svarez[12].

Daß nach dem Tode der beiden ersten Deutschen Kaiser ihrer Bedeutung für die Entwickelung des Rechtes und insbesondere auch ihrer Beziehungen zu der Juristischen Gesellschaft gedacht wurde, ist selbstverständlich[13].

Von Pietät geleitet, erbat die Gesellschaft sich die Erlaubnis, die Grabstätte des Grafen v. Wartensleben mit einer Umgitterung zu versehen[14], beschloß sie, das Grabmal ihres Begründers Hiersemenzel auf dem Dorotheenstädtischen Kirchhofe, das durch den Deutschen Juristentag errichtet war, zu restaurieren und zu erhalten[15], schmückte sie die Grabstätte Svarez' auf dem Luisenstädtischen Kirchhofe mit dessen Büste und traf Vorsorge für Erhaltung des Grabdenkmals[16]. Nach ihren Kräften trug sie dazu bei, großen Juristen des In- und Auslandes Denkmäler zu errichten: so bewilligte sie Beiträge für Errichtung eines Denkmals für Svarez in Breslau, Thöl in Göttingen, Brinz in München, Pape in seinem westfälischen Heimatstädtchen Brilon, für Hugo Grotius in Delfft, für die Italiener Beccaria und Ambrosoli in Mailand,

---

1 Festredner v. Holtzendorff, 23. J. B. S. 30 ff.
2 Festredner Koch und Rubo, 24. J. B. S. 23 ff.
3 Festredner Rubo, 27. J. B. S. 56 ff.
4) 5) Festredner Eck, 34. J. B. S. 59 ff.
6 Festredner Gierke, 37. J. B. S. 34 ff.
7 Festredner Rießer, 39. J. B. S. 35 ff.
8 Festredner Schollmeyer, 43. J. B. S. 68 ff.
9 Vgl. auch die Erwähnung des 400jährigen Geburtstags Luthers 25. Jahresber. S. 36.
10 Festredner Dambach, 25. Jahresber. S. 18.
11 Festredner Gneist, 25. Jahresber. S. 21.
12 Festredner Stölzel, 40. Jahresber. S. 19.
13 30. Jahresber. S. 10, 24.
14 24. Jahresber. S. 29.
15 21. Jahresber. S. 2, 23.
16 18. Jahresber. S 2; 19. Jahresber. S. 2; 32. Jahresber. S. 9.
* Anderen wurden ohne eigentliche festliche Veranstaltung Worte der Erinnerung von dem Vorsitzenden oder einem Mitgliede gewidmet: Volkmar, Franz Förster, Lasker, Holtzendorff, Bardeleben, Rubo, Friedberg, Levy, Wilmowski, Wiener, Kayser, Cuny, Simson, Struckmann, Dambach, Jacobi, Julian Goldschmidt, Starke, Werner, den Ehrenmitgliedern Buccelati, Serafini, Rivier.

Carrara in Rom und veranstaltete eine Zeichnung unter ihren Mitgliedern für Beiträge zu dem Gentili-Denkmal in Rom[1].

Die Juristische Gesellschaft hat sich niemals, weder nach dem Wortlaut ihrer Satzungen noch in ihrer Wirksamkeit, ihren Zielen und Aufgaben — als eine lediglich lokale Berliner Vereinigung gefühlt, von vornherein hat sie sich ihr Ziel höher gesteckt. Hatte sie in dem Deutschen Juristentag eine periodisch tätig werdende Organisation des deutschen Juristenstandes ins Leben gerufen, so übernahm sie einen Teil der Aufgaben, die eine ununterbrochen fortdauernde Vereinstätigkeit erfordern. Als hauptstädtische Vereinigung sprach und handelte sie stillschweigend in Vertretung der preußischen, der deutschen Juristen, wo eine Unterlassung eine Lücke bedeutet hätte. Dies gilt nicht nur bei den Gedenkfeiern und der Betätigung der Pietät, sondern auch in der Repräsentation des deutschen Juristenstandes gegenüber dem Auslande, worauf wir bald zurückkommen.

Schon in dem ersten Jahre[2] tritt die Gesellschaft mit den in Deutschland bestehenden juristischen Vereinen in Beziehung, tauscht mit ihnen die Drucksachen aus und bringt an mehreren Orten die Begründung rechtswissenschaftlicher Vereine in Anregung. Ein Verkehr dieser Vereine in Breslau, Königsberg, München, Karlsruhe, Schwerin, Wien, Graz, Laibach, Reichenberg (Böhmen) mit der Berliner Gesellschaft entwickelt sich; doch ist er, soweit überhaupt aufrecht erhalten, niemals von nennenswerter Bedeutung gewesen.

Im Jahre 1862 tritt unsere Gesellschaft der Association internationale pour le progrès des sciences sociales zu Brüssel als aktives Mitglied bei[3]. Wir sehen sie in einem Schriftwechsel mit dem Deutschen Rechtsschutzverein in London[4], mit dem Advokatenkollegium zu Buenos-Ayres, dem für seine reiche Zuwendung an die Savignystiftung ein Bild Savignys mit lateinischer Widmung übersandt wurde[5].

Im Jahre 1872[6] wurde namens der Juristischen Gesellschaft durch ein von ihr eingesetztes Komitee das Deutsche National-

[1] 17. Jahresber. S. 2; 25. Jahresber. S. 20 und Koch, Rückblick S. 10, berichtet von einem Beitrage der Gesellschaft.
[2] 4. Jahresber. S. 4; PrGZ. 1861 S. 345.
[3] GZ. 1862 S. 220; 1863 S. 115.
[4] GZ. 1864 S. 199; 1865 S. 44; 1867 S. 222.
[5] GZ. 1867 (NF. III) S. 222.
[6] 13. Jahresber. S. 13ff.; 14. Jahresber. S. 2.

Komitee zur Förderung des internationalen Gefängniskongresses zu London gebildet. Auf dem III. internationalen Gefängniskongreß in Rom[1] war die Gesellschaft durch ihr Ehrenmitglied Franz v. Holtzendorff vertreten. Die italienische Regierung sprach der Gesellschaft den Dank für diese Mitwirkung an dem Kongresse durch Übersendung einer bronzenen Medaille aus, die auf der Vorderseite das Bildnis König Umbertos, auf der Rückseite zwei allegorische Figuren, „Justitia et caritas", mit der Überschrift „Societati juridicae Berlin" trägt.

Zum 800jährigen Jubiläum der Universität Bologna (1888) war es wieder Franz v. Holtzendorff, der als Ehrenmitglied unserer Gesellschaft deren Glückwünsche der Jubilarin überbrachte[2].

Schließlich, im Jahre 1897, wurde die Gesellschaft Mitglied der Society for comparative legislation in London[3].

Dies im wesentlichen die wissenschaftlich-berufliche Wirksamkeit der Juristischen Gesellschaft in Berlin. Es erübrigt noch einen Blick auf die innere Entwickelung unserer Gesellschaft zu werfen. Wie bereits in dem Jubiläumsrückblick[4] im Jahre 1884 ausgeführt wurde, ist die Zahl der Mitglieder keine allzugroße, schließt aber dauernd Namen von gutem, ja dem besten Klange in sich, Koryphäen der Wissenschaft, bewährte Richter, hohe Beamte, angesehene Anwälte. Die Gesamtzahl aller Eintritte ist nach dem Mitgliederbuche der Gesellschaft 824. Bringt man hiervon die verhältnismäßig geringe Zahl Wiedereintritte, regelmäßig die Folge Fortzugs und späterer Wiederkehr nach Berlin, in Abzug, so verbleiben 797 Personen, die nach und nach Mitglieder der Juristischen Gesellschaft waren. Die seit 1882 regelmäßig steigende Mitgliederzahl der einzelnen Jahre bewegt sich zwischen 98 und 324. Unter den Mitgliedern befinden sich Vertreter der Theorie und Praxis, der Rechtsprechung und Justizverwaltung, Richter aller Instanzen, der ordentlichen und der Verwaltungsgerichte, und besonders zahlreich[5] Rechtsanwälte. Auffallend ist das Zurückgehen des

[1] 27. Jahresber. S. 52.
[2] 30. Jahresber. S. 11.
[3] 39. Jahresber. S. 11.
[4] Koch, Rückblick S. 5.
[5] 1859/60 25 (24,5 %), 1869/70 44 (43,1 %), 1879/80 36 (36,9 %), 1889/90 67 (39,6 %), 1899/1900 135 (43,7 %).

jugendlichen Elements unter den Mitgliedern[1]; aber auch sonst muß mit Bedauern bemerkt werden, daß so viele Juristen sich von der Gesellschaft fernhielten, obgleich es eine Ehrensache für jeden Fachgenossen sein sollte, einer Gesellschaft anzugehören, die schon so manches Tüchtige geleistet hat, die „selbst ein Stück Geschichte ihrer Zeit darstellt"[2] und auch bei Vermehrung ihrer Mitgliederzahl und damit ihrer Einnahmequellen den Umfang ihrer Arbeiten zu vergrößern in der Lage wäre[3].

Immerhin hat die Juristische Gesellschaft es verstanden, trotz der geringeren Zahl der Mitglieder ihre Aufgaben zu erfüllen. Von ausschlaggebender Bedeutung sind für das Leben eines Vereins die Personen des Vorstandes[4] und insbesondere des Vorsitzenden. Er ist regelmäßig derjenige, der die Tätigkeit des Vereins leitet und gestaltet. So kann es denn nicht auffallend sein, daß in den Jahren schwerer Erkrankung des ersten Vorsitzenden, des Grafen v. Wartensleben, die Vereinstätigkeit stark zurückging und fast ganz aufhörte. Von den statutarisch vorgesehenen 10 Sitzungen kamen 1879/80 und 1880/81 nur die Hälfte und im Jahre 1881/82 sogar nur 4 zustande. Und dies in einer Zeit juristischer Hochspannung, in der die Einführung der Reichsjustizgesetze das juristische Interesse gewaltig angeregt und belebt hatte!

Unter diesen Umständen war die Wahl eines geeigneten Vorsitzenden, dem es mit den Interessen und der Förderung der Gesellschaft ernst war, der, in der Beamtenhierarchie stehend, eine möglichst unabhängige Dienststellung einnahm, und mit den persönlichen Präsidialeigenschaften volle wissenschaftliche Herrschaft über das weite Gebiet des Rechtes verband, dessen Pflege und Förderung seinen Händen anvertraut werden sollte, eine Lebensfrage für die Gesellschaft. Was Wunder, daß sich die Augen aller auf den Mann richteten,

---

[1] Es waren Mitglieder:
Im Vorbereitungsdienst befindliche Juristen 1859/60 20 (18,6 %), 1869/70 4 (3,9 %), 1879/80 7 (7,1 %), 1889/90 4 (2,4 %), 1899/1900 0.
Gerichtsassesoren 1859/60 25 (24,5 %), 1869/70 8 (7,8 %), 1879/80 2, 1889/90 24 (14,2 %), 1899/1900 19 (6,1 %). — Der Abdruck einer den Berufsstand der Gesellschaftsmitglieder erschöpfend darstellenden Tabelle muß wegen Raummangels unterbleiben.

[2] Koch, Rückblick S. 14.

[3] Vgl. über diese hier und anderwärts von jeher erhobene Klage DGZ. 1863 S. 79.

[4] Eine Zusammenstellung der Vorstandsmitglieder enthält die Tabelle S. 36.

der, kaum als Stadtrichter nach Berlin versetzt (Oktober 1865), bereits im Jahre 1866 der Gesellschaft beigetreten war und sein hierdurch der Gesellschaft gezeigtes Interesse in den folgenden Jahren nicht nur erhielt, sondern kräftig betätigte und steigerte. Bereits am 10. März 1866 berichtet der Stadtrichter Koch über die Schrift v. Kraewels: Bedenken über das französische Wesen der für Preußen, Bayern und von der Kommission in Hannover ausgearbeiteten Entwürfe einer bürgerlichen Prozeßordnung[1]. In der Januarsitzung 1867 hielt er einen Vortrag über die Grundsätze der Armengesetzgebung[2]. In der Oktobersitzung 1868 spricht Stadtgerichtsrat Koch über die Reform des preußischen Konkursrechts[3] und im März 1875 als Geh. Finanzrat über den neuen Entwurf der deutschen Konkursordnung[4].

Sein Vortrag vom Februar 1878, den er als Syndikus der Reichsbank und Geh. Oberfinanzrat über den Giroverkehr und den Gebrauch des Schecks als Zahlungsmittel hielt, ist einer der ersten Vorträge, die als Anlage zum Jahresbericht der Gesellschaft zum Abdrucke gelangten[5]. Zudem war Koch, schon, als er nach Berlin kam, den Mitgliedern der Gesellschaft kein Fremder mehr; hatte er sich doch bereits im Jahre 1860 als Gerichtsassessor in Halberstadt seine literarischen Sporen als Mitarbeiter der Preußischen Gerichtszeitung, später Deutschen Gerichtszeitung, verdient und seit dieser Zeit in jedem Jahrgange dieser Zeitung eine fruchtbare Tätigkeit entfaltet. Seine Aufsätze, Rezensionen von Einzelwerken, Besprechungen von Zeitschriften, Sammelwerken, Entscheidungssammlungen zeigten überall den feingebildeten Juristen, der, das Durchschnittsmaß weit hinter sich lassend, mit Tiefe der Stoffdurchdringung Klarheit und Verständlichkeit der Darstellung sowie Schönheit und Frische der Sprache zu verbinden wußte. Wenn er auch mit Vorliebe seine Themata aus dem Verkehrsrecht, insbesondere dem Handels- und Wechselrechte, dem Zivilprozeß (Struckmann-Koch!) und Konkursrechte wählt, beschränkt er sich nicht hierauf, sondern behandelt und bespricht auch Gegenstände des Sachen-

[1] 7. Jahresber. S. 2; der Vortrag ist in der DGZ. 1866 N. F. 12f. abgedruckt.
[2] 8. Jahresber. S. 1; der Vortrag ist abgedruckt in der DGZ. N. F. S. 50 ff.
[3] 10. Jahresber. S. 1.
[4] 16. Jahresber. S. 2.
[5] 19. Jahresber. SS. 2, 18.

rechts, Erbrechts, Vormundschaftsrechts, des Bergrechts, des öffentlichen Rechtes. Mit umfassender Kenntnis und eindringendem Scharfsinn unterzieht er Jahre hindurch die Entscheidungen des preußischen Obertribunals einer kritischen Besprechung, nimmt Stellung zu Gesetzentwürfen und gibt Übersichten über die Rechtsentwickelung in Preußen.

Auch über das eigentliche Gebiet der Jurisprudenz, hinübergreifend in die Grenzgebiete, erörtert er die Lehre vom Wert, die juristischen Ideen John Stuart Mills und gibt eine Artikelreihe über Volkswirtschaft und Jurisprudenz. So mit dem wohlbegründeten Rufe eines fruchtbaren, geschätzten und vielseitigen juristischen Schriftstellers das Interesse für die Entwickelung der Juristischen Gesellschaft und das Ansehen verbindend, das ihm schon in früher Zeit (1868) seine Berufung zum Schriftführer der Zivilprozeßkommission und seine unabhängige Stellung als Syndikus der Reichsbank gaben, war er derjenige Mann, in dem jeder den geborenen Leiter und Führer der Gesellschaft erblicken mußte, als es galt, nach dem Tode des Präsidenten Grafen v. Wartensleben zu einer Neuwahl zu schreiten. Mit Einstimmigkeit berufen, übernahm Richard Koch zum ersten Male am 10. Juni 1882 den Vorsitz. Er sah sich vor die Aufgabe gestellt, zunächst die Vereinstätigkeit durch regelmäßige Abhaltung der statutarisch vorgeschriebenen Sitzungen wieder zu beleben; und so sind denn seit Juni 1882 bis zum heutigen Tage alljährlich regelmäßig 9 und nur in zwei Jahren, 1887/88 und 1898/99, nur 8 Sitzungen abgehalten worden. Aber auch persönlich gab er den Mitgliedern ein glänzendes Beispiel in Erfüllung seiner Pflichten der Gesellschaft gegenüber. Bis zum Ende der 80er Jahre sind nur 8 Sitzungen zu zählen, in denen er den Vorsitz nicht selbst ausübte. Wiederholt übernahm er den Vortrag, so für die Oktobersitzung 1882 über Bestrebungen auf dem Gebiete des Scheckrechts[1] und 1888 über einige den Bankverkehr betreffende Vorschriften des Entwurfs eines BGB.[2]. Ungezählt sind die Einführungen und Schlußworte, in denen er zur Orientierung, Klarstellung, Belehrung beitrug. Als dann nach Beseitigung jeder Gefahr für das Fortbestehen der Gesellschaft und mit der zunehmenden Würde und Bürde seines Amtes der inzwischen zum Präsidenten des Reichsbankdirektoriums be-

[1] 24. Jahresber. S. 31 ff.
[2] 30. Jahresber. S. 41 ff.

rufene Vorsitzende den Sitzungen der Gesellschaft nicht mehr mit der gewohnten Regelmäßigkeit beiwohnen konnte, stellte er wiederholt seinen Ehrenplatz vergeblich zur Verfügung der Gesellschaft, die es vorzog, durch Schaffung des neuen Amtes eines zweiten stellvertretenden Vorsitzenden für die Entlastung ihres ersten Vorsitzenden Vorsorge zu treffen, als sich eines bewährten Führers und Förderers zu berauben.

Die Tätigkeit, welche die Gesellschaft durch Sitzungen, Vorträge, Preisausschreiben, durch Ehrungen von dahingeschiedenen Meistern der Rechtswissenschaft, durch Veranstaltung von Festesfeiern aus Anlaß des Fortschreitens und Erreichens der Rechtseinheit unter dem Vorsitze Kochs entwickelt hat, ergibt sich aus der voraufgehenden Darstellung.

Bald nach dem Wechsel im Vorsitz — am 10. Mai 1884 — feierte die Gesellschaft ihr 25jähriges Bestehen durch ein Festessen, bei dem der Vorsitzende in formvollendetem und inhaltsvollem Vortrag einen Rückblick auf die Tätigkeit der Gesellschaft gab. Der Bericht über dieses Fest ist gedruckt und unter die Mitglieder verteilt worden, leider aber, wie alle Drucksachen der Gesellschaft, in weitere Kreise nicht eingedrungen' und wohl selbst den wenigsten der gegenwärtigen Mitglieder bekannt geworden.

Nachdem die Juristische Gesellschaft durch ihre mehr als 25jährige Wirksamkeit ihre Lebenskraft bewiesen hatte, wurde die Verleihung der Korporationsrechte und damit die staatliche Anerkennung ihrer dauernden gemeinnützigen Ziele erwirkt[1]. Das der Verleihung der juristischen Persönlichkeit zugrunde liegende Statut vom 13. Dezember 1884 wurde, abgesehen von der bereits erwähnten Einführung eines zweiten Stellvertreters des Vorsitzenden (1893), ergänzt durch den Beschluß vom Jahre 1886, durch den das vorher bereits außerstatutarisch eingeführte Institut der Ehrenmitglieder zu einer satzungsmäßigen Einrichtung erhoben wurde[2]. Lag der auf Anregung v. Holtzendorffs erfolgten Schaffung dieser Einrichtung der Gedanke zugrunde, durch Ernennung angesehener auswärtiger Juristen zu Ehrenmitgliedern das Ansehen der Gesellschaft zu fördern und ihr vielleicht wertvolle Mitarbeiter zu gewinnen, so wurde mit der im Statut nicht vorgesehenen

[1] 26. Jahresber. S. 1.
[2] 27. Jahresber. S. 33; 28. Jahresber. S. 9.

Ernennung von „Korrespondenten"[1] bezweckt, die Verbindung mit der Rechtswissenschaft des Auslandes aufrecht zu erhalten und zu fördern und Beziehungen zu ausländischen Juristen von Ruf anzuknüpfen, die imstande und bereit sind, der Gesellschaft vorkommenden Falles auf Ersuchen des Vorstandes zuverlässige Auskunft über Fragen des ausländischen Rechtes zu erteilen.

Das neue Leben, der frische Zug, der durch die Gesellschaft ging, bewirkte zunächst eine größere Teilnahme der vorhandenen Mitglieder, die bei dem statutengemäß an den wissenschaftlichen Teil der Sitzung sich anschließenden Abendessen Gelegenheit zu persönlicher Bekanntschaft und Aussprache fanden. Aber bald auch steigert sich der Zuzug neuer Mitglieder, besonders, als das Nahen des BGB. das Interesse an den dem neuen Rechte gewidmeten Arbeiten der Gesellschaft in größere Kreise trägt[2]. Allmählich aber stetig, vermehrt sich seit dem Vorsitze Kochs der Mitgliederbestand. Nur ein einziges Jahr (1887—88) läßt einen geringen, alsbald wieder ausgeglichenen Rückgang erkennen. Nach etwa zehn Jahren hat sich die Zahl verdoppelt, nach weiteren zehn Jahren verdreifacht. Gegenwärtig sind über 320 Mitglieder vorhanden, unter ihnen auch ein weiblicher Doctor juris, wie denn die Gesellschaft auch ohne Voreingenommenheit im Mai 1891 den Vortrag einer Frau, der Frau Professor Dr. jur. Emily Kempin aus New-York, über den Stand der Rechtswissenschaft in den Vereinigten Staaten von (Nord-)Amerika entgegennahm.

Dem Wachsen der Mitgliederzahl entspricht die Vermehrung des Gesellschaftsvermögens, das von einem Bestande von 9100 Mk. und 1254 Mk. rückständigen Mitgliederbeiträgen sich bis zum 1. April 1902 auf rund 35000 Mk. erhöht hat; der durch die außerordentlichen Kosten für die Begrüßung des Deutschen Juristentags 1902 entstandene Rückgang wird durch die jährliche Einnahme von über 7000 Mk. bald wieder eingebracht sein.

Das materielle Wachstum eines Vereins ist leicht gemessen, die Zahlen bieten einen jedermann verständlichen Maßstab. Und die Verdienste unseres Präsidenten um das Äußere unserer Gesellschaft finden in dieser Beziehung ihren unwiderleglichen Ausdruck in den alljährlichen Geschäftsberichten der Gesell-

[1] 29. Jahresber. S. 2.
[2] Im Jahre 1895/96 traten 65 neue Mitglieder der Gesellschaft bei.

schaft. An dem Tage, an dem Präsident Dr. Koch auf eine an Arbeit und an Ehren reiche fünfzigjährige Laufbahn im Dienste für König und Vaterland, für Kaiser und Reich zurückblickt, drängt es auch Mitglieder der Gesellschaft, einen Denkstein zu errichten als Zeugnis dafür, daß sie in ihm sehen den Mehrer und Förderer der Gesellschaft auch auf den idealen Gebieten des Rechtes und der Rechtswissenschaft, der selbst in den Zeiten hochgehender politischer und sozialer Gegensätze und Leidenschaften es verstanden hat, das Schifflein des Vereins, fern von der schäumenden Brandung vorübergehender Parteikämpfe, zu halten in der Tiefe ruhiger und vornehmer Wissenschaftlichkeit.

Anhang.

Vorträge und rechtswissenschaftliche Erörterungen.

A. Gegenstände allgemeinen Charakters.

Hiersemenzel, Stadtrichter. 11. 6. 59. Die deutsch. Rechtsschulen d. 19. Jahrh.
Heydemann, Prf. Dr. 10. 12. 59. Die Encyklop. d. Rechtswissensch. v. Dr. Ortloff.
Beseler, Prof. Dr. 8. 12. 60. Die Einführung des röm. Rechtes in Deutschland.
Stephan, Geh. Reg.-Rat Dr. 8. 6. 01. Deutsche Rechtssprüchwörter.
Eberty, Stadtg.-R. Dr. 10. 10. 63. Die rechtl. Stell. d. Frauen im Altert. u. Mittelalt.
Märcker, Prof. Dr. 10. 2. 66. Die Grundl. d. gerichtl. Beredsamkeit seit Aristoteles.
Eisenmann, R.-A. Dr. 11. 3. 99. Die Stellung der Gesetzgebung zu den neuen Ergebnissen der Naturforschung.
Grossmann, Dr. med. 16. 6. 94. Die forensische Bedeutung der Suggestion.

Volkmar, Justizr. 14. 4. 63. Das jurist. Studium auf d. deutschen Universitäten.
Goldschmidt, Prof. Dr. 11. 12. 86. Rechtsstudium und Prüfungsordnung.
Gneist, Prof. Dr. 12. 3. 87. Aphorismen zur Reform des Rechtsstudiums.
Dickel, Amtsrichter Dr. 14. 4. 88. Die Vorbildung der Juristen.
Krückmann, Prof. Dr. 14. 3. 03. Lehrform und Stofffolge im Rechtsunterricht.

Vierhaus, Landrichter. 13. 10. 83. Jahrgang I der deutschen Justizstatistik.
— Reg.-R. 17. 10. 85. Ergebn. d. justizstatist. Erhebgn. in Deutschl. f. 1881—1883.

Kühns, Priv.-Doz. Dr. 13. 12. 62. Die „Wroh" (feldpolizeiliche Vereinigung der Ackerbürger) in Brandenburg.
— 10. 11. 66. Die allmähliche Ausbild. d. Berliner Kammergerichts im 15. Jahrh.
Baron, Priv.-Doz. Dr. 12. 3. 64. Der älteste Prozeß des Berliner Kammergerichts.
Levin, Ass. 13. 10. 65. Die ältest. Lokalitäten der städt. Gerichtsbarkeit zu Berlin
Starke, Geh. Oberjustizrat Dr. 14. 12. 78. Die Gerichtsbauten in Moabit.
— Wirkl. Geh. Oberjustizr. Dr. 11. 12. 97. Neue Gerichtsgebäude in Berlin.
Fischer, Geh. Postrat. 22. 4. 71. Das Telegraphenrecht.

Berichte über den Deutschen Juristentag vgl. S. 5.

v. Wilmowski, Justizrat. 11. 3., 29. 4. 82. Der Anwaltstag in Heidelberg.
Lesse, Justizrat. 10. 11. 83. Einweihung d. neuen Palais de justice zu Brüssel.
— Geh. Justizr. 11. 6. 98. Der erste intern. Advokatenkongreß zu Brüssel 1897.

Berichte über den internstionslen Gefängniskongreß

erststtet v. Holtzendorff 1872 (London), Starke 1879 (Stockholm), Köhne 1886 (Rom), Stsrke 1891 (Petersburg).
Wirth, Strafanst.-Dir. 10. 10. 74. Die Verhdl. d. 4. Kongr. d. Strsfanstsltsbesmten.

Litersturberichte:

Jscobi, Priv.-Doz. Dr. 19. 11. 59. Referate über das Wechselrecbt betr. Schriften.
Makower, Ass. 10. 10. 63. Bericht über Auerbachs System des deutschen HGB.
Friedberg, Priv.-Doz. Dr. 13. 5. 64. Die neue kirchenrechtliche Literatur.
Baron, Priv.-Doz. Dr. 11. 6. 64. Zur Lehre von der prozessualen Konsumtion.
Twesten, Stadtger.-R. 13. 1. 65. Die strafrechtl. Literatur d. beiden letzt. Jahre.
v. Holtzendorff, Prof. Dr. 9. 12. 65. Die neuere Schwurgerichtsliterstur.
v. d. Leyen, Ass. Dr. 11. 2. 71. Die neueste Bearb. d. Quellen d. gem. Rechtes.
Seligsohn, sieben Berichte über die neueste Zeitschriften-Literstur 1882—90.

Stephsn, Reg.-R. Dr. 14. 11. 91. Ber. üb. Schriften v. Prof. Msgg. Perni in Pslermo.

Gedenkreden usw. vgl. S. 18 ff.

B. Gegenstände des bürgerlichen Rechtes.

I. Außer Zusammenhang mit der Kodifikation.

Golz, Stadtrichter Dr. 10. 9. 59. Die exceptio doli generalis im preuß. Rechte.
Baron, Priv.-Doz. Dr. 11. 10. 62. Die Sache als einzelne und in einem Begriff.
Degenkolb, Priv.-Doz. Dr. 9. 6. 66. Ziebsrtbs „Realexekution und Obligation".
Kühns, Priv.-Doz. Dr. 12. 5. 60. Das germ. Gesamtversprechen.
Koch, Exz. Dr. 12. 11. 87. Bericht über Marssons Schrift: „Die Außerkurssetzung der Inbaberpapiere in Preußen."
Bornemann, Ass. Dr. 14. 1. 60. Die Wirkg. d. Trsdition auf Grund anfechtb. Vertr.
Hsgens, Sen.-Präs., sus Posen. 8. 5. 86. Erwerb. v. Grundeigentum gegen Rente.
Bsron, Prf. Dr. 26. 5. 77. Streitfrag. zw. Grundeigentümern u. Bergwerkbesitzern.
— Priv.-Doz. Dr. 11. 6. 65. Die selbständige Verpflichtung des Vermögens in ihren historischen Anfängen bei den Römern.
Quenstedt, Assessor. 14. 4. 66. Ist das moderne Pfsndrecht ein selbständiges oder ein akzessorisches Recht?
Willmsnns, Ass. 13. 4. 67. Der Verfsll des Reslkredits u. d. Mittel z. Abhilfe.
Goldscbmidt, R.-A. Dr. 10. 1. 80. Entwurf eines Gesetzes betr. das Faustpfandrecbt für Pfsndbriefe und äbnliche Schuldverschreibungen.
Heydemann, Prof. Dr. 11. 6. 59. Die fünfjährige Verjährung der querels inofficiosi testamenti nsch märk. Provinzialrechte.
Goldschmidt, R.-A. Dr. 16. 5. 85. Die Sicherstellung der Rechte der Besitzer von Pfandbriefen nsch Gothaischem Gesetze v. 4. 4. 83.
Friedberg, Priv.-Doz. Dr. 9. 1. 64. Die Formen der deutschen Eheschließung in ihrer historischen Entwickelung.
Anton, Stsdtger.-Dir. 10. 4. 75. Die Vormundschsftsordnung f. Preußen v. 1875.
Baron, Prof. Dr. 19. 4. 72. Die Angriffe gegen d. jetzt best. Systeme d. Erbrechts.

II. Im Zusammenhange mit der Kodifikation.

1. Vor der Veröffentlichung des I. Entwurfs eines BGB.

Lasker, R.-A. Dr. 14. 2. 74. Die deutsche Rechtseinheit vor und seit dem Erlasse des Verfassungsgesetzes v. 20. 12. 73.

Dernburg, Prof. Dr. 11. 2. 76. Soll neben der Kodifikation d. deutschen bürgerl. Rechtes ein HGB. im jetzigen Umfange beibehalten, oder soll dasselbe im wesentl. auf eine Handelsgewerbe-Ordnung beschränkt werden?

2. Zum I. Entwurfe des BGB.

Jacobi, Priv.-Doz. Dr. 12. 5. 88. Entstehung u. Inhalt des Entwurfs zum BGB.
Gierke, Prof. Dr. 21. 6. 90. Das deutsche Haus und der Entwurf eines BGB.
Bornhak, Priv.-Doz. Dr. 8. 11. 90. Der Entwurf des BGB. u. das öffentl. Recht.
Koch, Exz. Dr. 8. 12. 88. Einige, d. Bankverkehr betr. Bestimm. d. Entw. d. BGB.
Kohler, Prof. Dr. 8. 12. 88. Der Vertrag unt. Abwesenden m. Bez. a. d. Entw. d. BGB.
Kronecker, L.-G.-Rat Dr. 12. 10. 89. Der Notstand u. der § 187 d. Entw. d. BGB.
Leonhard, Prof. Dr., aus Marburg. 3. 10. 91. Abrede zugunsten eines Dritten und stellvertretender Vertragsabschluß.
Jungk, Landrichter Dr. 13. 4. 89. Der Werkvertrag im Entwurfe des BGB.
Fuchs, Ass. Dr. 9. 2. 89. Wesen u. prakt. Folgen d. Dinglichkeit im Entw. d. BGB.
Dernburg, Prof. Dr. 15. 3. 90. Gestaltung der Korrealhypotheken.
Jacobi, Priv.-Doz. Dr. 18. 1. 90. Das deutsche Ehescheidungsrecht mit Rücksicht auf den Entwurf des BGB.
Köhne, Amtsrichter Dr. 14. 10. 93. Das preußische Vormundschaftsrecht in der Praxis und seine Fortbildung im Entwurfe des BGB.
Eck, Prof. Dr. 23. 6. 88. Behandlung des Erbrechts im Entwurfe des BGB.
Heck, G.-Ass. Dr. 14. 12. 89. Beseit. d. Schenkung a. d. Todesfall i. Entw. d. BGB.

3. Zum II. Entwurfe des BGB.

Sohm, Prof. Dr., aus Leipzig. 15. 6. 95. Der Entw. eines BGB. in zweiter Lesung.
Eck, Prof. Dr. 11. 1. 96. Der allgemeine Teil des Entwurfs eines BGB.
Jacobi, Prof. Dr. L. 10. 11. 94. Versprechen u. Vertrag im Entwurfe des BGB.
Strohal, Prf. Dr., aus Göttingen. 10. 2. 93. Das Recht d. Schuldverh. i. Entw. d. BGB.
Stammler, Prof. Dr., aus Halle. 7. 3. 96. Die allgemeinen Lehren des Rechtes der Schuldverhältnisse im Entwurfe des BGB.
Schollmeyer, Prof. Dr., aus Würzburg. 18. 4. 96. Das Recht d. einzelnen Schuldverhältnisse nach dem Entwurfe des BGB.
Fischer, Prof. Dr., aus Breslau. 8. 2. 96. Das Sachenrecht d. Entw. eines BGB.
Schröder, Prof. Dr., aus Heidelberg. 25. 1. 96. Das ehel. Güterr. im Entw. d. BGB.
Köhne, Amtsr. Dr. 13. 6. 96. Elterl. Gewalt u. Vormundschaft im Entw. d. BGB.
Strohal, Prof. Dr., aus Leipzig. 2. 5. 96. Das Erbrecht des Entwurfes des BGB. (Reichstagsvorlage.)

4. Das Recht des BGB.

Sohm, Prf. Dr., aus Leipzig. 13. 1. 00. Das neue bürgerl. Recht u. unsere Aufgaben.
Stier-Somlo, Assessor Dr. 10. 3. 00. Bürgerl. Recht u. Staatsangehörigkeit.
Kahl, Prof. Dr. 10. 11. 00. BGB. und Kirchenrecht.

Seckel, Prof. Dr. 23. 5. 03. Einzelne Arten der subjektiven Privatrechte.
Riedel, A.-G.-Rat Dr. 12. 12. 96. Die juristischen Personen im BGB.
Gradenwitz, Prof. Dr., aus Königsberg. 16. 3. 01. Irrtum u. Reuerecht im BGB.
Adler, Prof. Dr., aus Czernowitz. 11. 2. 99. Die Irrtumsregeln des BGB. und deren Bedeutung für die Versicherungspraxis.
Ehrlich, Prof. Dr., aus Czernowitz. 16. 4. 98. Die stillschweigende Willenserklärung unter Lebenden nach BGB.
Jastrow, A.-G.-Rat. 21. 4. u. 12. 5. 00. Die Formen d. Rechtsgeschäfte nach BGB.
Hachenburg, R.-A. Dr., aus Mannheim. 10. 6. 99. Sittengesetz und BGB.
Stammler, Prof. Dr., aus Halle. 23. 6. 00. Die Grenzen d. Vertragsfreiheit n. BGB.
Isay, R.-A. Dr. 11. 1. 02. Rechtsgeschäfte u. wirtschaftl. Machtverschiedenheit.
Schultze, Prof. Dr., aus Jena. 20. 4. 01. Treuhänder im BGB.
v. Blume, Prof. Dr. 13. 6. 03. Die Fahrlässigkeit und ihre Abstufung im BGB.
Burchardt, Amtsr. 9. 12. 99. Der Dienstvertrag.
Hartmann, A.-G.-Rat Dr. 8. 2. 02. Der Bereicherungsanspruch d. BGB.

Burchardt, Amtsr. 12. 3. 98. Die Besitzlehre nach BGB.
Koffka, R.-A. 10. 4. 97. Der allgem. Teil d. Immobiliarsachenrechts im BGB.
Fuchs, Rechtsanw. Dr. 9. 11. 01. Probleme des Liegenschaftsrechts.
Jacobi, Prof. Dr. 10. 10. 96. Das persönliche Eherecht des BGB.
Köhne, A.-G.-Rat Dr. 10. 1. 03. Erfahr. ein. Vormundschaftsrichters seit d. 1. 1. 00.

5. Besondere Gegenstände.

Kayser, Wirkl. Leg.-R. Dr. 16. 4. 87. Die Rechtsverh. d. Dtsch. Kolon.-Gesellsch.
Keyssner, Geh. J.-Rat. 11. 5. 95. Das Recht am eigenen Bilde.
Heck, Prof. Dr. 13. 6. 91. Die gesetzliche Regelung der Abzahlungsgeschäfte.
Oertmann, Priv.-Doz. Dr. 11. 11. 93. Das Pfandrecht der Bauhandwerker.
Hilse, Syndikus Dr. 11. 11. 99. Haftpflicht der Automobile.
— 21. 4. 94. Gesetzentwurf, betr. Pfandrecht an Privat-Eisen- u. Kleinbahnen.
Aschrott, L.-G.-Rat Dr. 10. 2. 00. Die Zwangserziehung Minderjähriger.

III. Handels- und Wechselrecht. Börsengesetzgebung.

K. Lehmann, Prof. Dr. 14. 12. 01. Entwicklung u. Zukunft des Handelsrechts.
Lesse, JR. 14. 5. 87. Handelsmäkler.
Goldschmidt, Prof. Dr. 19. 3. 92. Alte u. neue Formen d. Hand.-Gesellschaften.
Gierke, Prof. Dr. 15. 12. 00. Handelsgesellschaftsrecht und bürgerl. Recht.
Eccius, Geh. OJR. 14. 3. 85. Offene Handelsgesellschaft als Prozeßpartei.
Vogler, JR. 15. 11. 62. Kommanditgesellschaften.
Primker, JR. 12. 10. 78. Solidarhaft bei Genossenschaften.
Goldschmidt, Dr. Ass. a. D. 8. 11. u. 20. 12. 73. Über Aktiengesellschaften.
Primker, JR. 22. 9. 77. Privilegien der Aktiengesellschaften.
Goldschmidt, Prof. Dr. 23. 2. 84. Entwurf, betr. Kommandit- u. Aktienges.
Simonson, AGR. 14. 11. 96. Lagerhaus- und Lagerscheinrecht.
Koch, Geh. O.-Finanzrat. 9. 2. 78. Giroverkehr u. Scheck als Zahlungsmittel.
Koch, Geh. O.-Finanzr. 7. 10. 82. Bestrebungen a. d. Gebiete d. Scheckrechts.
Koch, Dr. (Vors.) 19. 5. 83. Errichtung v. Abrechnungsstellen in Deutschland.
Simonson, Amtsrichter. 14. 5. 92. Über den Scheck.
Schuster, Dr. aus London. 8. 10. 98. Scheckrecht unter Berücksichtigung der neuen Gesetzgebungsarbeiten.

Koch, Dr. (Vors.) 13. 10. 83. Wechselprot. b. Zahlungserbiet. d. Protestaten.
Koch, Dr. (Vors.) 15. 2. 90. Höhere Gewalt b. Versäumung d. Wechselfristen.
Cohn, Prof. Dr. aus Zürich. 9. 10. 97. Revision der deutschen Wechsel-O.

Wiener, Senatspräs. Dr. 14. 1. u. 8. 3. 93 (Simon). Differenzgeschäfte.
Staub, RA. Dr. 9. 1. 97. Differenzgeschäfte nach Börsengesetz und BGB.
Apt, Dr. M. 9. 2. 01. Börsengesetz und seine Reform.

C. Strafrecht. Preßrecht.

Schück, Strafanstaltsdirektor. 8. 10. 59. Die Einzelhaft.
v. Holtzendorff, Priv.-Doz. Dr. 19. 11. 59. Zusammengesetzte und graduierte Freiheitsstrafen.
Werther, Stadtgerichtsrat. 10. 3. 60. Der Zweikampf nach germanischem Rechte und die Rechtfertigung desselben durch deutsche Sitte.
Sander, Assessor. 10. 11. 60. Mildernde Umstände im preußischen Strafrechte.
Oppermann, Staatsanw. 10. 11. 60. Bericht über den Entw. d. bayr. Strafgesetzb.
v. Holtzendorff, Priv.-Doz. Dr. 8. 12. 60. Der gegenwärtige Stand der Gefängnisfrage unter Bezugnahme auf Mittermaiers Schrift.
Rubo, Ger.-Ass. Dr. 8. 10. 64. Versuch m. untaugl. Mitteln u. an untaugl. Objekten.
v. Holtzendorff, Prof. Dr. 12. 11. 64. Die strafrechtlichen Reformvorschläge von Bonneville de Marsigny.
Twesten, Stadtgerichtsrat. 12. 1. 66. „Das Kriminalrecht der Römischen Republik“ von Dr. Zumpt.

Schwartze, Generalstaatsanwalt Dr., aus Dresden. 10. 4. 69. Die Reformen auf dem Gebiete des Strafrechts und des Kriminalprozesses in Sachsen.
Meyen, Justizr. 18. 9. u. 13. 11. 69. Der Entw. des Strafgesetzb. für d. Nordd. Bund.
Rubo, Stadtrichter Dr. 13. 6. 74. Zur Revision des StrGB.
— 11. 12. 75. Die Novelle zum Strafgesetzbuche.
Spinola, Geh. Reg.-Rat Dr. 12. 2. 77. Neuere Chirurgie und Strafrecht.
Wirth, Gefängnisdirektor. 13. 11. 80. Die Zweckmäßigkeit der Bestimmung der §§ 23—26 des Deutschen Strafgesetzbuchs.
Rubo, Prof. Dr. 12. 3. 81. Der Gesetzentwurf betr. die Bestrafung d. Trunksucht.
Diskussion der These: Der Betrieb d. Totalisators auf einer öffentl. Rennbahn stellt das Halten eines Glücksspiels in einem öffentl. Versammlungsorte dar. 10. 6. 82. Eingeleitet durch Koch.
Kronecker, Amtsr. Dr. 2. 12. 82. Die strafrechtl. Behandl. d. Studentenmensuren.
Starke, Geh. Ober-Justizrat. 8. 12. 83. Das Verbrechertum in Preußen.
Kronecker, Amtsr. Dr. 24. 5. 84. Der Einwand d. Wahrheit bei der üblen Nachrede.
Dambach, Prof. Dr. 12. 2. 87. Methode u. Studium d. Strafrechts in neuester Zeit.
Kronecker, Landr. Dr. 18. 6. 87. Die Retorsion bei Beleidig. u. Körperverletzung.
Wirth, Geh. Justizr. Dr. 12. 4. 90. Ist es ratsam, die bedingte Verurteilung in unsere Strafgesetzgebung aufzunehmen?
Jungk, Landr. Dr. 14. 2. 91. Die Notwendigkeit strafrechtl. Ahndung d. widerrechtl. Zurückhalt. anderer vom Mitbieten bei öffentl. notwend. Versteig.
Kronecker, Landger.-Rat Dr. 18. 4. 91. Die Frage d. verschärft. Freiheitsstrafen auf der Landesversammlung der Internat. Kriminalist. Vereinigung.
v. Liszt, Prof. Dr., aus Halle. 14. 11. 91. Reformbestrebungen auf strafr. Gebiete.
Aschrott, Landr. Dr. 9. 1. 92. Die Notwendigkeit einer Reform in der Behandlung der verbrecherischen und verwahrlosten Jugend.
Katz, Edwin, Rechtsanw. Dr. 13. 2. 92. Die Bestrafung des Verrats von Fabrik- und Geschäftsgeheimnissen.
Bornhak, Privatdozent Dr. 18. 6. 92. Über die Einführung der Deportation.
Oetker, Prof. Dr., aus Rostock. 15. 10. 92. Strafrechtl. Haftung d. verantw. Redakt.
Hiller, Prof. Dr., aus Czernowitz. 8. 4. 93. Die strafr. Behandl. d. Trunkenheit.
van Calker, Prof. Dr., aus Straßburg i. E. 10. 12. 98. Vergeltungsidee u. Zweckgedanke im System der Freiheitsstrafen.
v. Liszt, Prof. Dr. 13. 10. 00. Das gewerbsmäßige Verbrechen.
Damme, Reg.-Rat. Dr. 10. 5. 02. Das Preßverbot der Veröffentlichung amtlicher Aktenstücke eines Strafprozesses.
Goldschmidt, Pr.-Doz. Dr. 21. 6. 02. Begriff u. Aufgabe eines Verwalt.-Strafrechts.
Olshausen, Ober-Reichsanwalt Dr., aus Leipzig. 25. 4. 03. Die Strafwürdigkeit des fahrlässigen Falscheides.

D. Gewerbliches und Soziales.

I. Gewerbe- und soziale Versicherungsgesetzgebung.

Engel, Geh. Oberreg.-Rat Dr. 16. 3. 67. Arbeitervertrag u. Arbeitsgesellschaft.
Kayser, Regierungsrat Dr. 19. 1. 84. Der staatsrechtliche und zivilrechtliche Inhalt der Gewerbeordnung.
Köhne, Assessor Dr. 16. 10. 86. Rechtliche Grundlagen der Arbeiter-Krankenversicherung.
— 15. 6. 89. Das Arbeiterversicherungsrecht.
Bornhak, Amtsrichter Dr. 20. 4. 95. Das gewerbliche Arbeitsverhältnis.
Waentig, Prof. Dr. 11. 5. 01. Industriekartelle.

II. Wuchergesetzgebung.

Straß, Kreis-Justizrat Dr. 8. 10. 59. Die Aufhebung der Wuchergesetze.
Kühns, Priv.-Doz. Dr. 12. 12. 64. Der Zinswucher in Deutschland im Mittelalter.
Kronecker, Landger.-R. Dr. 11. 2. 93. Die beabsicht. Erweiter. d. Wuchergesetzes.

III. Gewerbliche Schutzrechte. Urheberrechte.

Heydemann, Prof. Dr. 8. 6. 61. Der Mangel an Kongruenz zwischen der landrechtl. Lehre v. Verlagsvertrage u. d. neueren Gesetzgbg. geg. Nachdruck.
Lehfeldt, Ass. 15. 12. 62. Über Urheberrecht an Briefen.
Heydemann, Prof. Dr. 19. 2. 70. Die Stellung der literarischen Sachverständigenvereine und deren Verhältnis zu den Gerichten.
Dambach, Geh. Ober-Postrat Dr. 7. 5. 70. Entwurf, betr. das Urheberrecht.
Seligsohn, Rechtsanwalt Dr. 12. 10. 87. Die Revision des Patentgesetzes.
Volkmar, Rechtsanwalt. 14. 1. 88. Die Grenzen des Nachdruckbegriffs im Gesetze über das Urheberrecht.
Alexander-Katz, Richard, Rechtsanwalt Dr. 14. 3. 91. Die Patentgesetznovelle und das Gebrauchsmusterschutzgesetz.
Seligsohn, R.-A. Dr. 12. 11. 92. D. Entwurf ein. Ges. z. Schutze d. Warenbezeichn.
Katz, Edwin, R.-A. Dr. 19.5.94. D. Gesetz z. Schutze d. Warenbezeichn. v. 1894.
Magnus, R.-A. 21. 10. 99. Reformbestreb. auf d. Gebiete d. gewerbl. Schutzrechte.
— 14.2.03. Der Entw. d. Reichsges., betr. d. Urheberr. an Werken d. Photographie.

E. Gerichtsverfassung und Verfahren.

I. Gerichtsverfassung. Allgemeines Prozessuales. Advokatur.

Lasker, Assessor. 14. 2. 63. Anforderungen an eine Gerichtsordnung.
— 11.2.60. Grenzen d. richterl. Tätigkeit d. Verwaltungsverfahren gegenüber.
Stieve, Assessor. 12. 12. 68. Befugnis der Gerichte zur Verfolgung von Staatsbeamten aus Anlaß von Amtshandlungen.
Eberty, Stadtgerichtsrat Dr. 11. 10. 79. Das Laienelement in der Rechtspflege.
Struckmann, Obertribun.-Rat. 9. 3. 76. Die von der Reichsjustizkommission in Bezug auf d. Gerichtsverfassungsgesetz in 1. Lesung gefaßt. Beschlüsse.
Jastrow, Amtsrichter. 19. 6. 86. Der Entwurf eines Gesetzes betr. die unter Ausschluß der Öffentlichkeit stattfindenden Gerichtsverhandlungen.
Auerbach, R.-A. 16. 11. 95. Zweckwidrige Bestimm. d. Zivil- u. Strafprozeßordn.
Kade, Landrichter. 13. 5. 99. Der Gesetzentwurf betr. die Zeugenbeeidigung und die Bestrafung uneidlicher falscher Aussagen.
Kayser, Stadtrichter Dr. 8. 12. 77. Der Zeugniszwang nach preuß. Rechte.
Horwitz, Rechtsanw. Dr. 12. 10. 67. „Die freie Advokatur" von Prof. Dr. Gneist.
Dorn, Geh. Justizr. 9. 1. 75. D. Grundsätze d. zu erlassend. deutsch. Anwaltsordn.
Lesse, Justizr. 12. 1. 78. Der Entwurf der Rechtsanwaltsordnung.

II. Bürgerlicher und militärischer Strafprozeß.

Rubo, Ass. Dr. 10. 6. 65. Der Entwurf einer Strafprozeßordnung für Preußen.
— 29. 5. 68. Aufgabe und Stellung der Verteidigung im Strafverfahren.
Wirth, Strafanstaltsdirektor. 14. 12. 72. Gesetzliche Regelung des Strafvollzugs.
v. Kirchmann, Präsid. 15. 3. u. 19. 4. 73. Der Entwurf d. StrPO. in Deutschland.
Rubo, Stadtger.-R. Dr. 15.5.75. Der Entwurf der deutsch. Strafprozeßordnung.
v. Schwarze, Generalstaatsanwalt Dr. 9. 12. 76. Die Ergebnisse der Reichstagsverhandlungen betr. die Strafprozeßordnung.
Rassow, Obertribunalsr. 14.4.77. Die Blutrache als erste Form d. Strafverfahr.
Kayser, Stadtrichter Dr. 11. 1. 79. Zeugniszwang im Strafverfahren.
Jacobi, Rechtsanwalt Dr. 27. 1. 83. Wahrheitsermittelung im Strafverfahren und Entschädigung „unschuldig Verfolgter".
— 9. 6. 83. Entschädigung für erlittene Strafhaft und Untersuchungshaft.
— 19. 4. 84. Die Einführung der Berufung in landgerichtlichen Strafsachen.
Olshausen, Landrichter Dr. 11. 10. 84. u. 10. 1. 85. Reform des Strafprozesses.
Kronecker, L.-R. Dr. 13.3.86. Reformbedürftigkeit d. Vorverfahr. im Strafproz.
Appelius, Staatsanwalt Dr., aus Elberfeld. 13. 5. 93. Berufung in Strafsachen.

Aschrott, Landrichter Dr. 8. 12. 94. Die Reform des Strafverfahrens.
Buddee, Assessor. 8. 3. 62. Die Militärgerichte in Deutschland.
Hilse, Pr.-Doz. Dr., aus Göttingen. 11. 1. 68. Die Reformen im Militärstrafverf.
Bornemann, Wirkl. Geh. Kriegsr. 13. 1. 72. Das preuß. Militärgerichtswesen.
Rubo, Prof. Dr. 13. 4. 78. Aufgaben einer Militärstrafprozeßordnung.
Weiffenbach, Senats-Präs. Prof. Dr. 12. 1. 01. Die Stellung des Gerichtsherrn und der richterlichen Militärjustizbeamten, sowie die Gestaltung der Rechtsmittel im Militärstrafprozesse.

III. Zivilprozeß. Immobiliar- und Zwangsvollstreckung. Konkurs.

1. Zivilprozeß.

Volkmar, Rechtsanw. 19. 11. 59. Juristische Zöpfe, namentlich Quantum minus.
Buddee, Kammergerichtsrat. 3. 6. 60. Die frühere Gerichtsordnung von Neu-Vorpommern und Rügen, insbesondere von Stralsund.
Waldeck, Geh. Obertribunalsr. Dr. 20. 10. 60. Die hannov. bürgerl. Prozeßordnung.
Volkmar, Justizrat. 11. 5. 61. Grundzüge einer deutschen Zivilprozeßordnung.
Bornemann, Assessor Dr. u. Gneist, Prof. Dr. 9. 11. 61. Soll, was den Beweis in bürgerlichen Streitsachen betrifft, das Urteil nach freier richterlicher Überzeugung ohne festbindende Beweisregeln erfolgen?
Eccius, Ass. Dr. u. Waldeck, Geh. Obertribunalsr. Dr. 8. 2. 62. Soll in bürgerl. Streitsachen das Beweisinterlokut für den ersten Richter bindend sein?
Koch, Stadtricht. 10. 2. 66. Über v. Kräwels Schrift: Bedenken über d. franz. Wesen der für Preußen, Bayern und von der Kommission in Hannover ausgearbeiteten Entwürfe einer bürgerlichen Prozeßordnung.
Bornemann, Stadtricht. Dr. 13. 10. 66. Öffentlichkeit u. Mündlichkeit d. Zivilproz.
Struckmann, Obertribunalsrat. 11. 9. 75. Die Verhandlungen der Reichsjustizkommission über den Entwurf der ZPO.
Primker, Justizrat. 13. 1. 77. Die Durchführung des Prinzips der Mündlichkeit des Verfahrens in der ZPO.
Kaufmann, R.-A. Dr. 23. 4. 81. Ist d. Abänd. d. Vorschrift d. § 709 d. ZPO. zu erstreb.?
Mosse, Amtsrichter. 27. 6. 85. Ist der Anwaltszwang im Zivilprozesse in seiner jetzigen Ausdehnung gerechtfertigt?
Jaeckel, L.-R. Dr. 14. 11. 85. Bährs Schrift: Der dtsch. Zivilproz. in prakt. Betätig.
Jacobi, R.-A. Dr. 8. 5. 86. Bährs Schrift: Noch ein Wort z. deutsch. Zivilprozeß.
Jungk, Amtsr. Dr. 19. 6. 86. Aufstellung der These: Die Vorschriften der ZPO. über d. Tatbestand d. Sitzungsprotokolle u. vorbereitenden Schriftsätze sind nicht ausreichend, um die tatsächl. Grundl. d. Urteils zu sichern.
— 12. 11. 87. Die Übertreibung des Mündlichkeitsprinzips in dem Versäumnisverfahren der ZPO. gegen den Beklagten.
v. Wilmowski, Geh. Justizrat Dr. 9. 4. 92. Die Reform des Parteieides.
Stein, Prof. Dr., aus Halle. 8. 1. 98. Der Gesetzentwurf, betr. Abänderung d. ZPO.

2. Immobiliarzwangsvollstreckung.

Dernburg, Prf. Dr. 10. 2. 83. Einleitung zur Diskussion über den Entwurf des Gesetzes betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen.
Goldschmidt, R.-A. Dr. 10. 3. 83. Einleitung zur Diskussion üb. dass. Thema.

3. Konkurs.

Koch, Stadtgerichtsrat. 10. 10. 68. Die Reform d. preußischen Konkursrechts.
— Geh. Finanzrat. 13. 3. 75. Der Entwurf d. neuen deutsch. Konkursordnung.

IV. Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat.

Rausnitz, Rechtsanwalt. 12. 2. 98. Der Gesetzentwurf über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
— 12. 4. 02. Die Grundprinzipien d. Verfahr. d. freiwilligen Gerichtsbarkeit.
Siméon, Assessor Dr. 15. 5. 97. Die Grundbuchordnung f. das Deutsche Reich.

Bohlmann, Rechtsanw. Dr. 14. 1. 71. Die Materialien z. allg. Notariatsordnung.
Levy, M., J.-Rat. 12. 12. 85. Die einheitl. Regelung d. Notariats im Dtsch. Reiche.
— 10. 5. 90. Die Gesetzentwürfe betreffend das Notariat.

F. Staats- und Verwaltungsrecht.

Gneist, Prof. Dr. 10. 9. 59. Kompetenzkonflikte.
Friedberg, Priv.-Doz. Dr. 13. 12. 62. Der Mißbr. d. geistl. Gewalt u. d. Rekurs an d. Staat unter Hinweisung auf d. Appel comme d'abus d. franz. Rechtes.
Koch, Stadtrichter. 12. 1. 67. Die Grundsätze der preußischen Armengesetzgebung mit Rücksicht auf v. Flottwells „Armenrecht u. Armenpolizei".
Kühns, Prof. Dr. 11. 4. 68. Die Prinzessinnensteuer.
Lüntzel, R.-A. Dr. 14. 11. 68. Die hannoversche Verwaltungsorganisation.
Gneist, Prof. Dr. 24. 3. 71. Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte.
Lehfeldt, Stadt-R. 8. 6. 72. Die Organisation d. deutsch. Verwalt. in Lothringen.
Baron, Prof. Dr. 13. 5. 76. Die Erbschaftssteuer und das Erbrecht.
Koch, Geh. Oberfinanzrat. 11. 4. 85. Einleit. z. Diskuss. üb. d. Besteuerung d. Lombardgeschäfte u. d. Stempelpflichtigk. d. Indossaments in Preußen.
Bornhak, Pr.-Doz. Dr. 11. 2. 88. Staatsrechtliche Theorie und Praxis im Friderictanischen Staate.
Hilse, Syndikus Dr. 10. 6. 93. Der Entwurf eines Gesetzes, die Erleichterungen von Stadterweiterungen betreffend.
Köhne, Amtsrichter Dr., aus Luckenwalde. 9. 3. 95. Staat und Armenpflege.
Preuß, Priv.-Doz. Dr. 19. 6. 97. Die zivilprozessualen Grundlagen des Verwaltungsstreitverfahrens.
Arndt, Prof. Dr., aus Königsberg i. Pr. 12. 10. 01. Der Charakter d. Reichsheeres.
Preuß, Hugo, Priv.-Doz. Dr. 11. 10. 02. Der konstitutionelle Gesetzesbegriff und seine Rechtsfolgen.

G. Internationales Recht. Völkerrecht. Internation. Privatrecht.

v. Holtzendorff, Prof. Dr. 16. 3. 63. Die Freiheit deutscher Auswanderer.
— 9. 5. 63. Rechtsschutz deutscher Auswanderer.
Lehfeldt, Ass. 15. 9. 66. Das Eroberungsrecht u. d. Rechte d. erobert. Territorien.
Borchardt, Geh. Justizrat Dr. 19. 6. 75. Die Wirksamkeit der Gesellschaft für Verbesserung und Kodifikation des Völkerrechts.
Fischer, Geh. Ob.-Postr. Dr. 15. 1. 76. Die Telegraphie i. Bezieh. auf d. Völkerrecht.
Perels, Wirkl. Admiralitätsrat. 9. 11. 78. Das Recht der Konterbande.
v. d. Leyen, Geh. Regierungsrat. 15. 3. 79. Internat. Eisenb.-Frachtrecht.
Rubo, Prof. Dr. 10. 4. 80. Gutachten üb. d. staatl. Auslieferungsrecht i. Straffällen.
Friedmann, R.-A. Dr. 8. 5. 80. Das Institut d. Exterritorialität im mod. Rechte.
Dambach, Prof. Dr. 28. 6. 84. Der internationale Vertrag zum Schutze der unterseeischen Kabeltelegraphen.
Heydemann, Prof. Dr. 12. 6. 69. Der internation. Schutz d. literarisch. u. artistischen Eigentums in d. Gesetzgebungen Deutschl., Engl. u. Frankreichs.
Meili, Prof. Dr., aus Zürich, Ehrenmitgl. d. Ges., 5. 1. 89. Internationale Unionen über das Weltverkehrsrecht und das Recht des geistigen Eigentums.

Behrend, Priv.-Doz. Dr. 11. 4. 68. Bericht über den Lucca-Pistoja-Aktienstreit.
Niemeyer, Prof. Dr., aus Kiel. 10. 3. 94. Gegenwart u. Zukunft d. internat. Privatr.

H. Recht und Rechtsleben des Auslandes.

1. Amerikanische Staaten.

Aschrott, Amtsr. Dr. 9. 3. 89. Aus d. Straf- u. Gefängniswesen Nordamerikas.
Kempin, Frau Prof. Dr., aus New-York. 9. 5. 91. Der heutige Stand der Rechtswissenschaft in den Verein. Staaten.

2. Dänemark.

Petong, R.-A. Dr., aus Spandau. 12. 11. 98. Die Justizorganisation in Dänemark.

3. Egypten.

Hagens, Stadtg.-R. 9.9.76. Ursprung, Entwickelung u. Ziele d. Justizref. in Egypt.

4. England.

Fischel, Assessor Dr. 12. 10. 61. Englische Gerichtsverfassung.
— 10. 1. 63. Die Bestrebungen der Engländer zur Herbeiführung einer internationalen Havarie-Gesetzgebung.
Gneist, Prof. Dr. 12. 12. 63. Die neueste Organisation der englisch. Ziviljustiz.
Lasker, Assessor. 11. 11. 65. Die verschiedenen Grundsätze des Konkursverfahrens nach deutschem und englischem Rechte.
Zimmermann, R.-A. Dr. 18. 6. 70. Die Stellung der Friedensrichter in England.
— 8. 12. 71. Das englische Konkursgesetz im Vergleiche mit dem preußischen.
— 11. 5. 72. Das Institut der Friedensrichter in England.
— 14. 6. 73. Neueste engl. Gesetzesvorl. betr. Reorgan. d. engl. Gerichtsverfass.
— 8. 4. 76. Die neue Organisation der engl. Gerichtsverfassung.
— 10. 11. 76. Die englische Justizreform.
— Abgeordneter Dr. 10. 11. 77. Advokatur u. Anwaltschaft in Deutschl. u. Engl.
— R.-A. Dr. 21. 6. 79. Reformvorschläge betr. d. engl. Kriminalverfahren.
Simonson, Ass. 13. 12. 84. Die jetzige Organisation d. engl. Gerichtswesens.
v. Wilmowski, Geh. J.-Rat. 14. 2. 85. Die engl. Konkursgesetzgebung.
Aschrott, Ass. Dr. 3. 4. 86. Das Universitätsstudium, insbes. die Ausbildung der Juristen in England.
Grueber, Prof. Dr., aus Oxford. 13. 10. 88. Das römische Recht als Teil des juristischen Unterrichts an den englischen Universitäten.
Schuster, Dr., aus London. 11. 10. 90. Das englische Aktienrecht.
— 6. 10. 94. Das englische Steuergesetz von 1894 und dessen Einfluß auf die Behandlung von Nachlässen und Fideikommissen.

5. Frankreich.

Dorn, Justizrat. 14. 6. 62. Über „Chambre du Conseil en matières civile et disciplinaire jurisprudence de la cour et du tribunal de Paris“ par Bertin.
— 8. 12. 66. Über Beckers Schrift: „Pétition au sénat suivie de développements juridiques, à l'appui d'un projet de loi pour faire accorder aux étrangers le bénéfice des juridictions françaises“.
Kayser, Reg.-Rat Dr. 8. 10. 81. Das franz. Gesetz üb. d. Freiheit d. Presse v. 1881.
Simonson, Assessor. 15. 1. 87. Die französische Warrant-Gesetzgebung.

6. Japan.

v. Wilmowski, Geh. Justizr. 10. 12. 87. Der Entwurf einer jap. Zivilprozeßordn.

7. Italien.

v. Holtzendorff, Prof. Dr. 14. 6. 62. Die Todesstrafe in Italien.
Stephan, Staatsanwalt Dr. 11. 5. 89. Das neue italienische Strafgesetzbuch.

8. Montenegro.

Dickel, Amtsrichter Dr. 9. 2. 89. Bemerkungen über das BGB. in Montenegro.

9. Norwegen.

v. Holtzendorff, Prof. Dr. 12. 1. 67. Bericht über die Büchersendung der Universität Christiania insbes. über das norweg. Militär-Strafgesetzb. v. 1866.

10. Österreich.

Schwarze, Gen.-Staatsanw. Dr. 9. 12. 74. Der österr. Entwurf eines Strafgesetzb.
Tiktin, Stadtrichter Dr. 15. 2. 79. Die neuen österreichischen Wuchergesetze.
Klein, Ministerialrat, Exz. Prof. Dr., aus Wien. 9. 12. 93. Prozeßrechtliche Neubildungen in den österreichischen Zivilprozeßgesetzentwürfen.
Zucker, Prof. Dr., aus Prag. 9. 2. 95. Die allg. Bestimm. d. österr. Strafgesetzentw.

11. Rußland.

Beneke, Assessor Dr. 13. 2. 97. Sibirisches Gefängniswesen.

12. Schweden.

v. Nordenskjöld, Stadtgerichtsrat. 11. 5. 67. Das schwedische Recht und dessen nationale Entwickelung auf altgermanischer Grundlage.
— 15. 6. 67. Das System des in Schweden geltenden Zivilrechts und die bei dortiger Rechtsverfolgung für Ausländer geltenden Vorschriften.

13. Schweiz.

Damme, Reg.-Rat Dr. 13. 3. 97. Der Entwurf eines schweizer. Strafgesetzbuchs im Vergleiche mit dem Strafgesetzbuche für das Deutsche Reich.
Feist, Assessor. 13. 12. 02. Das Erbrecht des Vorentwurfs des Schweizer Zivilgesetzbuchs und das Erbrecht des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs.

14. Ungarn.

Kipp, Prof. Dr. 22. 11. 02. Das deutsche BGB. u. d. Entwurf d. ungar. BGB.

15. Verschiedene.

Korn, R.-A. Dr. 8. 4. 99. Englische, französische u. russische Strafkolonisation.
Riesser, Dr. 13. 12. 90. Grundged. i. d. kodifiz. Handelsrechten aller Länder.

Vorstand der Juristischen Gesellschaft[1].

Vorsitzender:

Graf v. Wartensleben 1859—82.	Exz. Koch 1882.

Erster Stellvertreter des Vorsitzenden:

Volkmar 1859—64.	v. Zur Westen 1880—90.	Eck 1897—1900.
Dorn 1864—79.	Lesse 1890—97.	Vierhaus 1901.

Zweiter Stellvertreter des Vorsitzenden:

Eck 1893—97.	Vierhaus 1897—1901.	Gierke 1901.

Bibliothekar:

v. Holtzendorff 1859—61.	Friedberg 1863—66.	Ruho 1869—95.
Dove 1861—62.	Behrend 1866—69.	Bornhak 1895.
Kühns 1862—63.		

Schatzmeister:

Borchardt 1859—80.	v. Wilmowski 1880—97.	Riesser 1897.

Festordner:

Simson 1859—62.	v. Seydewitz 1868—71.	Fleischmann 1882—1902.
Klemm 1862—64.	Model 1871—79.	Lindenberg 1902—03.
Liman 1864—68.	Strützki 1880—82.	Zachariae 1903.

Schriftführer:

Hiersemenzel 1859—61.	v. Kirchbach 1890—97.
Meyen 1861—90.	Seligsohn 1897.

Stellvertreter des Schriftführers:

v. Kirchbach 1880—90.	Riedel 1897—1901.
Seligsohn 1890—97.	Schmidt-Bardelehen 1901.

[1] Sekretäre der Gesellschaft: Schmädicke 1865—69. Schlüter 1870—72. Hübner 1873—77. Meinecke von 1877 an.



SOZIALE UND WIRTSCHAFTLICHE AUFGABEN DER ZIVILPROZESS-GESETZGEBUNG.



VON DR. FELIX VIERHAUS,

GEHEIMEM OBERJUSTIZRAT UND VORTRAGENDEM RAT IM PREUSSISCHEN JUSTIZMINISTERIUM, ORDENTLICHEM HONORARPROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT BERLIN.



„Da die Prozesse allemal zu den Übeln in der Sozietät gerechnet werden müssen, welche das Wohl der Bürger vermindern, so ist dasjenige ohnstreitig das beste Gesetz, welches den Prozessen selber vorbeugt"

— so unterwies Friedrich der Große in der berühmten, seine Justizgesetzgebung einleitenden Kabinettsorder vom 14. April 1780, die Verbesserung des Justizwesens betreffend, den neuen Großkanzler v. Carmer, nachdem er an die Spitze seiner Forderungen das Verlangen gestellt hatte,

> „daß die Prozeßordnung von unnützen Formalitäten gereiniget und die Prozesse in einem Jahre zu Ende zu bringen möglich gemacht werde".

Der damals geltende gemeine Prozeß wurde als „das unschickliche Gewebe des geistlichen Rechtes" bezeichnet, über welches ganz Deutschland schon seit verschiedenen Jahrhunderten geklagt habe. Der König könne kaum glauben, daß jemalen einer der alten und vernünftigen Gesetzgeber auf den Gedanken geraten sein könne, eine dergleichen unnatürliche Prozeßordnung statuieren zu wollen, er vermute, daß die Barbarei späterer Zeiten und die Bequemlichkeit der Richter diese Mißgeburt veranlaßt haben.

Daneben tönt in überaus harten, vielangeführten Worten gegen die Advokaten die zornige Erregung nach, die aus Anlaß des Müller Arnoldschen Prozesses in der bekannten Audienz vom 11. Dezember 1779 mit größter Schärfe und Heftigkeit sich Luft gemacht hatte und — mag man über ihre Berechtigung urteilen, wie man wolle — doch zugleich die treibende Kraft gewesen war, der die friderizianische Gesetzgebung, der Carmers und Svarezs Werk, vor allem das un-

vergeßliche und unvergleichliche Allgemeine Landrecht, die Entstehung verdankte.

Es ist hier nicht der Ort, rechtsgeschichtlich die Entwickelung des preußischen Zivilprozesses, die Milderung des Corpus juris Fridericianum zur Allgemeinen Gerichtsordnung, die Umbildung der leitenden Gedanken, wie die Verordnungen von 1833, 1834 und 1846 sie in äußerst geschickter Weise, unter äußerlichem Fortbestande der Gerichtsordnung, verwirklichten, zu verfolgen. Nur auf die eine Erscheinung soll hingewiesen werden: daß das Landrecht sich in seinen wesentlichsten Grundlagen bis 1900 trotz des Ansturmes der historisch-romanistischen Schule als Hort deutscher Rechtsgedanken kräftig erhalten hat, daß es sich unter der kundigen Pflege eines C. F. Koch, eines Bornemann, eines Förster, eines Eccius, eines Dernburg zu immer reicherem Leben entfaltete, daß es sich sogar noch für unser Bürgerliches Gesetzbuch als fruchtbringend erwies, — daß dagegen an dem Zivilprozeß unablässig gemodelt und geflickt worden ist und von dem Bau des ersten Teiles der Allgemeinen Gerichtsordnung nur spärliche Trümmer noch erhalten sind.

Als man endlich im Jahre 1874 dazu überging, dem Reichstage den Entwurf einer Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich vorzulegen, da atmet die „allgemeine Begründung" einen von der Order Friedrichs des Großen durchweg verschiedenen Geist. Zwar wird auch hier als „oberstes Erfordernis einer Prozeßordnung" hingestellt

> „daß sie praktisch brauchbar und zweckmäßig ist, daß sie den Rechtsstreit auf dem einfachsten, kürzesten und sichersten Wege seiner Entscheidung zuführt"[1].

Allein bei der Begründung dafür, welches der in Deutschland geltenden Prozeßsysteme zu wählen sei, wird wesentlich mit dem formal-juristischen Begriffe der Mündlichkeit operiert und in ihm, also in einer Form, das Allheilmittel erkannt[2].

Daß die Zivilprozeßordnung vom 30. Januar 1877 sich als ein Mittel bewährt hat, „den Prozeß auf dem einfachsten, kürzesten und sichersten Wege zur Entscheidung zu bringen", ist von Anfang an lebhaft bestritten worden. Es sei hier aus der Fülle der Literatur nur an den gewaltigen Angriff erinnert,

[1] Begr. z. Entw. d. ZPO., Drucks. d. Reichst. 2. Legisl.-P. II. Sess. 1874. Zu Nr. 6 S. 8. (Hahn, Materialien S. 115.)

[2] a. a. O. S. 12ff. (Hahn S. 118ff.)

den einer der bedeutendsten Juristen des vorigen Jahrhunderts, Otto Bähr, gegen die Zivilprozeßordnung unternahm[1]. Wenn Adolf Wach in seiner Abwehr auf Grund einer von ihm veranstalteten Privat-Enquete die Zivilprozeßordnung in ihren Grundlagen unter seinen starken Schild nahm[2], so konnte auch er gewisse schwere Mißstände nicht leugnen, vor allem das Vertagungsunwesen, das seitdem nicht aufgehört hat, Kern und Quell unablässiger Beschwerden zu bilden.

Als 1898 die bevorstehende Umwälzung des bürgerlichen Rechtes ihre Wirkungen auch auf den Zivilprozeß in dessen an das Zivilrecht angrenzenden Gebieten erstreckte, lag es nahe, darüber hinausgehend auch den nicht von jener Änderung berührten Teil der Zivilprozeßordnung einer Durchsicht zu unterziehen. Es ist dies auch in gewissem Umfange geschehen. Allein die Begründung des bezüglichen Gesetzentwurfes bemerkt nur:

„Mehrfache Anregungen haben der Reichsverwaltung Anlaß zu einer Prüfung der Frage gegeben, ob die Gestaltung des Prozesses auf Grund der geltenden Gesetzgebung weiterreichende Änderungen erheische. Die Erwägungen darüber haben bis jetzt nicht zum Abschlusse gebracht werden können. Ihre Fortführung muß von den Erfahrungen abhängig bleiben, welche mit dem aus der gegenwärtigen Revision sich ergebenden Prozeßgange werden gemacht werden. Es wird wohl keinem Zweifel unterliegen, daß nicht die jetzige Zeit mit ihren so vielfachen Umgestaltungen des prozessualen und materiellen Rechtes sich für die Erledigung tief einschneidender Revisionsfragen eignet.“[3]

Man mag dies zugeben, und die Verhandlungen über den Entwurf beweisen, wie wenig bei jenem Anlaß ein befriedigendes Ergebnis zu hoffen gewesen wäre: immerhin kann man sich auf jenen Satz berufen als auf einen Sichtwechsel der Reichsregierung, in dem sie verspricht in eine Zivilprozeßreform einzutreten. Sache der deutschen Justizverwaltungen wird es sein, diesen Wechsel in geeignetem Augenblicke zu präsentieren.

Inzwischen ist — etwa gleichzeitig mit den Verhandlungen über die Prozeßnovelle von 1898 — durch ein Ereignis in einem Nachbarstaate die Probe der Erfahrung, auf die jener

---

[1] O. Bähr, Der deutsche Zivilprozeß in praktischer Betätigung (1885); Noch ein Wort zum deutschen Zivilprozeß (1885); Die Prozeß-Enquete des Professor Dr. Wach (1888).

[2] Ergänzungsheft zu Bd. 11 der Ztschr. f. d. Zivilproz.

[3] Drucks. d. Reichst. 9. Legisl.-P. V. Sess. 1897/98 Nr. 61 S. 77.

Satz aus der Begründung der Zivilprozeßnovelle hinweist, in einer anderen Richtung gemacht worden. In Österreich gilt seit dem 1. Januar 1898 die Zivilprozeßordnung vom 1. August 1895, die auf dem gleichen Boden erwachsen, wie die deutsche, doch vielfach eine eigenartige Gestaltung aufweist, und die nach allen glaubwürdigen Zeugnissen in Österreich die weitesten Kreise in hohem Maße befriedigt und nur in einem Teile der Advokaten lebhafte Gegnerschaft findet. Worin die Eigenart jenes Gesetzgebungswerkes besteht, wird später zu erwähnen sein; hier genügt es, darauf hinzuweisen, daß die österreichische Prozeßordnung, wie es die Begründung mit voller Offenheit und Klarheit ausspricht, vor allem den Standpunkt der Zweckmäßigkeit, der Praktikabilität einnimmt, daß sie sich „gerade durch das stärkere Hervortreten des Nützlichkeitsgesichtspunkts von anderen gesetzgeberischen Arbeiten gleichen Inhalts unterscheidet“[1]. Darf man den Stimmen aus Österreich trauen, so handelt es sich um einen wohlgelungenen Versuch, die in unserm Prozeßverfahren gerügten Mängel zu vermeiden, und doch die großen Errungenschaften in der Technik und Wissenschaftlichkeit, wie sie unsere Zivilprozeßordnung aufweist, nicht aufzugeben.

Der Wert der österreichischen Prozeßordnung und ihre Vorbildlichkeit für uns wurden Gegenstand lebhaften Meinungsaustausches und führten schließlich im Jahre 1902 zu sehr erregten Verhandlungen auf dem 26. Deutschen Juristentage.

Zwei eingehende Gutachten, das eine von dem Praktiker, Oberlandesgerichtsrat Dr. Neukamp in Köln, das andere von einem der hervorragendsten Vertreter der Zivilprozeßwissenschaft, von Adolf Wach, lagen der Beratung zugrunde[2]. Beide Gutachten knüpften an die für den Juristentag allein zur Beratung gestellten Frage an: „Abgrenzung von Richtermacht und Parteibetrieb im Zivilprozeß“, erschöpften somit keineswegs das allgemeine Gebiet der Prozeßreform. Und auch dieses Thema erfuhr in der mündlichen Beratung aus praktischen Gründen noch eine weitere, tatsächliche Einschränkung: es wurde hauptsächlich über eine Abkürzung der Prozesse, über eine Verminderung der Vertagungen geredet. Die Gutachten hatten diesen Punkt bereits in den Mittelpunkt der Er-

[1] Nr. 688 d. Beil. z. d. stenograph. Protok. d. österr. Abgeordnetenhauses XI. Sess. 1893 S. 187.

[2] Verhandlungen des 26. Deutschen Juristentages Bd. 1 S. 125ff.; Bd. 2 S. 3ff.

örterung gerückt. Neukamp hatte schleunige Gerichtshilfe aus der Rücksicht auf die sozialen und die wirtschaftlichen Aufgaben des Staates gefordert[1]. In Wachs Gutachten tritt zwar das technisch-juristische Moment mehr in den Vordergrund, allein auch er verlangt in erster Reihe[2] Beseitigung der Prozeßverschleppungen, also eines Schadens in der wirtschaftlichen Funktion des Zivilprozesses. Bei der Beratung in der Abteilung des Juristentags machte sich das Überwiegen einer jeder grundsätzlichen Reform abholden, namentlich unter der zahlreich vertretenen Rechtsanwaltschaft herrschenden Strömung geltend, die durch ein meisterhaftes Korreferat des Justizrats Ernst Heinitz wesentlich unterstützt wurde[3]. Allein wenn auch dessen Antrag:

> „die Änderung der deutschen Zivilprozeßordnung dahin, daß dem Richter eine größere Mitwirkung im Prozeßbetriebe gewährt wird, ist nicht empfehlenswert"

zur Annahme gelangte, so geschah es doch nur mit dem Zusatze:

> „dagegen ist in Erwägung zu nehmen, in welcher Weise einer Vereitelung von Verhandlungsterminen vorgebeugt werden kann."[4]

Bei dem statutenmäßigen Bericht über die Abteilungsbeschlüsse an das Plenum suchte der Referent (Heinitz) den Zusatz als eine auf rein praktische Maßnahmen gerichtete Resolution zu erläutern[5]. Immerhin war dadurch ein gewisses Maß von Reformbedürftigkeit eingeräumt worden, das der einzelne ja als ein größeres oder geringeres einschätzen mochte, dessen Anerkenntnis aber die grundsätzliche Bedeutung als Zugeständnis an die Gegner des bestehenden Prozesses nicht verleugnen kann.

Auch nach jenem Beschlusse vom 12. September 1902 ist die Zivilprozeßfrage nicht zur Ruhe gelangt. Sind es auch nur einzelne Punkte, gewisse Symptome, an die sich diese Erörterungen knüpften, so liegt der Grund zu Beschwerden doch tiefer: er liegt in den Erscheinungen, die der heutige Zivilprozeß überhaupt zeitigt, und keine jener Einzelfragen kann befriedigend gelöst werden, ohne sich über Wesen und Aufgabe der fundamentalen Einrichtungen des Zivilrechtsschutzes klar zu werden. Solche Anzeichen der Unzufriedenheit sind

[1] a. a. O. Bd. 1 S. 232 ff.
[2] a. a. O. Bd. 2 S. 31.
[3] S. das Korreferat des Justizrats Heinitz a. a. O. Bd. 4 S. 511—537.
[4] Bd. 4 S. 583 ff.
[5] a. a. O. Bd. 4 S. 609 ff.

die Erörterungen in der Tagespresse und in parlamentarischen Verhandlungen über die Einführung der sogenannten Kaufmannsgerichte[1], über die Abschaffung der Gerichtsferien[2] und über die großen durch die Überlastung des Reichsgerichts herbeigeführten Prozeßverzögerungen[3], neuerdings auch die lebhaften Klagen in der Presse über die übermäßige Dauer der Prozesse bei einem einzelnen preußischen Oberlandesgericht.

Aus Gründen, deren Darlegung hier zu weit führen würde, ist der Laie — wenn man mit diesem Ausdrucke den nicht technisch-juristisch vorgebildeten Bürger verstehen darf — geneigt, Meinungsverschiedenheiten über die formale Technik des Rechtes und der Rechtspflege als eine res domestica der Juristen anzusehen, die sie unter sich abmachen möchten. Diese Ansicht dürfte vielleicht noch eine Verstärkung erfahren, wenn man auf die fast unübersehbare Literatur über Reform des Zivilprozesses[4] hinblickt, die allerdings zumeist aus kleineren Aufsätzen besteht und sich ständig vermehrt. Allein wenn man diese Literatur zur Hand nimmt, wenn man z. B. die beiden bedeutendsten neueren Schriften zu Gunsten einer Reform, Kleins „Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse"[5] und Schwartzs „Künftige Zivilprozeßreform"[6] durchsieht, so eröffnet sich alsbald der Ausblick auf ein weiteres Gebiet. Zwar ist es das mit dem Wesen des Prozesses verknüpfte Schicksal, daß er „stets einen gewissen Eindruck des Komplizierten und Künstlichen macht", daß seine Aufgabe nur „mit einem kunstvollen, reich gegliederten Mechanismus gelöst werden kann"[7]. Allein trotzdem handelt es sich nicht nur um bloße Verfeinerung und Verbesserung einer formalen Technik, sondern um eine Förderung wichtigster Staatszwecke und vor

---

[1] S. zuletzt Stenogr. Ber. über die Sitzung des Reichstags vom 23. März 1903 S. 8843—8846.

[2] Stenogr. Ber. über die Sitzung des Preuß. Abgeordnetenhauses vom 12. Februar 1903 Sp. 1198—1235.

[3] Stenogr. Ber. über die Sitzung des Reichstags vom 5. März 1903 S. 8404, 8408, 8422.

[4] Den besten Überblick gewähren die jährlichen Literatur-Übersichten in der Ztschr. f. d. Zivilproz. unter dem Stichwort „Reform".

[5] Dr. Franz Klein, Sektionschef im k. k. österr. Justizministerium, Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse, Jahrbuch der Gehe-Stiftung zu Dresden Bd. 8 (1902) S. 53ff.

[6] Schwartz, Die Novelle vom 17./20. Mai 1898 und die künftige Zivilprozeßreform. Berlin 1902.

[7] Worte Kleins in der Sitzung des österr. Abgeordnetenhauses vom 14. November 1894, Stenogr. Prot. S. 15604.

allem um die „Hineinlegung des ethischen Moments in den Prozeß“[1].

Damit gewinnt das Problem eine erweiterte Bedeutung. Es wächst gleichsam aus der engeren Umzäunung der Rechtswissenschaft hinaus in die weitere Freiheit der Staatswissenschaften. Nicht gilt es, aus der Festsetzung formal juristischer Maximen die folgerichtigen Gebilde zu entwickeln, sondern die Zwecke des Zivilrechtsschutzes als einer allgemeinen Staatseinrichtung klar zu legen und aus dieser Erkenntnis dann die jenem Zweckgedanken entsprechenden technischen Hilfsmittel zu gewinnen. Je vollendeter unsere Erkenntnis der Zwecke und der Mittel ist, je harmonischer diese jenem angepaßt werden, desto vollendeter wird auch vom Standpunkte der Rechtswissenschaft aus der Zivilprozeß sich gestalten. Denn Gesetz und Rechtswissenschaft sind ja nicht tote Formen, auf deren Prokrustesbett das volle, warme Leben gepreßt werden dürfte, sondern sie sollen eine diesem Leben immanente Erscheinungsform sein, die sich mit dem Inhalte deckt.

So aufgefaßt erfordert die Frage der Prozeßreform eine andere als eine rein juristische Behandlung. Es sollen daher im folgenden nicht etwa formulierte Vorschläge zu einer neuen Prozeßnovelle aufgestellt, sondern nur jene Zweckgedanken angedeutet und die Richtungen bezeichnet werden, die durch sie der Weiterbildung unseres Zivilprozesses gewiesen werden.

Zuvor aber gilt es, von dem einzuschlagenden Wege ein gut Teil Staub und Schutt zu entfernen. Ich meine die Vorwürfe, mit denen bisher vielfach die verschiedenen Organe der Rechtspflege sich gegenseitig die Schuld an dem, was gegenwärtig unbefriedigend ist, beigemessen haben. Mögen die Anklagen hin und wieder zu weit gegangen sein, die Anschauung, daß nun der jeweilig Angegriffene sich in seine Tugend hüllen dürfe; ist ebenso abwegig. Der preußische Justizminister hatte in einem Seiner Majestät dem Könige erstatteten Verwaltungsberichte bemerkt:

„Die vollständige Herrschaft der Parteien und ihrer Vertreter über den Prozeß kann bei nicht gewissenhafter Handhabung zu schweren Mißständen führen. Wenn die Rechtsanwälte aus Zeitmangel, Bequemlichkeit oder kollegialischer Rücksichtnahme eine Sache immer wieder

[1] Schwartz, a. a. O. S. 179.

vertagen, so werden die Rechte der Parteien empfindlich beeinträchtigt; das rechtsuchende Publikum macht für die Verzögerung das Gericht verantwortlich und vermag nicht zu verstehen, daß das Gesetz diesem kein Mittel an die Hand gegeben hat, auch gegen den Willen der Anwälte die Verhandlung zu erzwingen."[1]

Damit waren Zustände gekennzeichnet, die in der Tat an manchen Orten bestehen, ob an vielen oder an wenigen, darüber mochte man verschiedener Meinung sein, aber zu dem alsbald erwachenden Entrüstungssturme war kein Anlaß[2]. Ebenso war es eine unzulässige Verallgemeinerung, wenn man schlechthin der Bequemlichkeit der Gerichte, der ungenügenden Konzentration in der richterlichen Prozeßgestaltung oder dem Richtermangel die ganze Schuld an den vorhandenen Mängeln beimessen wollte. Wenn Prozeßprinzipien gesetzlich gelten, die eine laxe Behandlung der Sachen ermöglichen, so ist es nicht schlechthin verwerflich, wenn von solchen Mitteln Gebrauch gemacht wird. Dies kann unter Umständen geradezu in dem sachlichen Interesse einer Partei gelegen sein. So lange nicht die bekanntlich auch auf dem Gebiete der Strafverteidigung viel umstrittene Frage gelöst ist, wo die Grenze zwischen den Pflichten liegt, die den Anwalt zur Wahrnehmung der Interessen der Rechtspflege auf der einen Seite und zur Geltendmachung des Vorteils seines Klienten auf der andern Seite verbinden, so lange wird es vorkommen, daß von technischen Hilfsmitteln des Prozesses Gebrauch gemacht wird einseitig zum Nutzen des einen Teils, was meist gleichbedeutend ist mit: zum Schaden des anderen. Man ist berechtigt zu fordern, daß solche Möglichkeiten vom Gesetze überhaupt beseitigt oder eingeschränkt werden, nicht aber darf man den zu ihrer Ausnutzung Berechtigten ihren Gebrauch schlechthin zum Vorwurfe machen.

Daher ist auch eine Besserung nur in gemeinsamer Arbeit aller Organe denkbar. In gemeinsamer Arbeit von Richtern und Anwälten soll und muß der Prozeß gesunden. Freilich ist dazu eines nötig: Einigkeit über den Zweckgedanken des Prozesses. Also auch von diesem Gesichtspunkt aus ist eine

[1] Bericht über die Justizverwaltung und Rechtspflege in Preußen 1881—1901 S. 29ff.

[2] Sitzung des preuß. Abgeordnetenhauses am 17. Februar 1902, Stenogr. Ber. Sp. 1917ff. Auch auf dem Juristentage deutete Wilke unrichtigerweise jenen Satz dahin, als sei hier den Anwälten die einzige Schuld beigemessen. Verhandl. des 26. Juristentags Bd. 4 S. 545.

Feststellung jener Zwecke das allererste Mittel, die fundamentalste Grundlage der Reform.

An der Schwelle der hiernach anzustellenden Untersuchung begegnet uns nun eine Erscheinung, die nicht immer genug gewürdigt und in ihrer Bedeutung erkannt ist: der Dualismus im Endziel unseres Zivilprozesses.

Dem Zivilprozeß ist in dem Mechanismus der Staatsfunktionen auch eine allgemeine Aufgabe zugewiesen, die Rechtspflege ist eine ideelle Funktion zur Verwirklichung des Staatszwecks überhaupt. Jene Aufgabe besteht, wie Richard Schmidt es treffend bezeichnet, darin,

„die Normen des Vermögensverkehrs, des Familienlebens und der übrigen Berührungskreise der individuellen Interessen fort und fort durch die Urteile der Zivilgerichte zu entwickeln, einzuschärfen und zu heauskunften und in dieser Weise die Gesamtheit des Volkes auf die Rechtsnormen des Privatrechts erziehend hinzuweisen“.[1]

Das aber ist mehr mittelbare Folge als unmittelbarer Zweck der Einrichtung. Entspricht ein Prozeß den nächstliegenden Aufgaben, so wird jene allgemeine Wirkung von selbst eintreten.

Dieser unmittelbare Zweck des Zivilprozesses wird aber in der Begründung des österreichischen Zivilprozeßentwurfes dahin gekennzeichnet, daß:

„die gerichtliche Rechtsverfolgung nur eine Art der Rechtsausübung, nur eines der Mittel zur Erlangung des Rechtsgenusses ist und daher so einzurichten sein wird, daß sie den zu erzielenden Genuß tunlichst wenig schmälert und immer im richtigen Verhältnisse zum konkreten Werte des Rechtsgenusses bleibt“.[2]

Der Zivilprozeß ist eine Art des staatlichen Zwanges; regelmäßig setzt also die in ihm liegende Rechtsausübung einen den Zwang erfordernden Widerstand voraus. Dieser Widerstand kann nun ganz verschiedener Art sein; er kann sich äußern in der bloßen Nichtbefriedigung des im übrigen anerkannten auszuübenden Rechtes, er kann aber auch bestehen in dem Bestreiten jenes Rechtes. Die Zwangsgewalt des Staates hat in jenem ersten Falle zum Ziele nur die vom Rechte geforderte Verschiebung des tatsächlichen Zustandes, im zweiten

---

[1] R. Schmidt, Allgemeine Staatslehre Bd. 1 S. 201.

[2] Nr. 688 der Beilagen zu den stenogr. Prot. des österr. Abgeordnetenhauses XI. Sess. 1893 S. 187.

aber liegt es ihr auch ob, den Willen der widerstrebenden Partei zu brechen. In jenem Falle klare Rechtswidrigkeit, die von den staatlichen Organen durch die staatlichen Machtmittel zu beseitigen ist, in diesem zunächst Feststellung der Rechtswidrigkeit und dann erst Vollstreckungszwang[1].

Die außerordentliche Verschiedenheit beider Fälle dürfte einleuchten: die Möglichkeit und das Bedürfnis, das unzweifelhaft Rechtswidrige zu beseitigen, gestatten und erfordern größte Beschleunigung. Der endgültige Eingriff in die Rechtsüberzeugung eines bestreitenden Beklagten verlangt nach der Idee des Rechtsstaats gründliche Untersuchung und Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse[2]. Es liegt daher nahe, eine verschiedenartige Behandlung beider Gattungen von Rechtsstreitigkeiten zur Grundlage der Prozeßgestaltung zu machen. Ansätze hierzu finden sich bereits in unserer Prozeßordnung: so im Mahnverfahren[3], wo auf einseitigen Antrag des Gläubigers ein Zahlungsbefehl erlassen wird, der bei Nichtwiderspruch innerhalb einwöchiger Frist in Rechtskraft übergeht; so im Urkundenprozesse[4], wo neben anderen prozessualen Vereinfachungen die Beweismittel beschränkt sind[5]; auch die Einrichtung der vorläufigen Vollstreckbarkeit[6] dient, namentlich in den Fällen, wo sie ohne Antrag ausgesprochen wird[7], dem Bedürfnisse nach beschleunigter Verwirklichung unstreitigen, aber unbefriedigten Rechts. Allein jene besonderen Vorschriften treffen doch nur einen sehr geringen Teil aller Fälle bloßer Zahlungssäumnis, sei es aus bösem Willen, sei es wegen Unvermögens. Es liegt nahe, hier weiter zu gehen und eine verschiedene Behandlung beider Gattungen von Prozessen herbeizuführen. Ein solcher Versuch scheitert aber daran, daß die Zahl der Sachen, in denen es ungewiß ist, ja in denen der Gläubiger selbst nicht weiß, welcher Gattung seine Forderung angehört, der der streitigen oder der unbefriedigten Ansprüche, die große Mehrheit ausmacht; daß ferner jedes Bestreiten, jeder Einwand,

---

[1] Die Ausnahmefälle, wo auch bei übereinstimmendem Willen die Durchführung des Prozesses erforderlich ist (z. B. §§ 1329, 1593, 1596 BGB.), interessieren hier nicht.

[2] Sehr treffende Bemerkungen macht neuestens Rausnitz in der Jurist. Wochenschr. 1903 S. 170ff.

[3] §§ 688—703 ZPO.

[4] §§ 592—605 ZPO.

[5] §§ 592, 595 Abs 2 ZPO.

[6] §§ 708—719 ZPO.

[7] § 708 ZPO.

doch notwendig eine Überleitung des Prozesses zur Folge haben müßte, und daß dann der Schikane Tür und Tor geöffnet wäre, ganz abgesehen davon, daß Gläubiger und Schuldner über die Ernstlichkeit eines Widerspruchs oft sehr verschiedener Meinung sein werden. Der jüngst von Rausnitz[1] gemachte Vorschlag, Ansprüche eines beschleunigten Rechtsschutzes teilhaft werden zu lassen, welche durch öffentliche Urkunden erwiesen oder aus dem Grundbuch ersichtlich oder endlich durch bedenkenfreie Privaturkunden oder eidesstattliche Versicherungen glaubhaft gemacht sind, schafft eine tatsächlich im wesentlichen auf den städtischen Geschäftsverkehr beschränkte Ausnahme und läßt gerade eine Reihe von sozial besonders berücksichtigenswerten kleinen Ansprüchen unberührt. Endlich kann, wie schon angedeutet, ein in Wirklichkeit nur unbefriedigtes Recht sehr wohl das äußere Gewand des streitigen Rechtes tragen — dann nämlich, wenn ein böswilliger, also gerade nicht berücksichtigenswerter Beklagter unbegründete Einwendungen zum Zwecke der Prozeßverschleppung erhebt. Wir werden also auf den Vorzug völliger Scheidung zwischen beiden Arten von Prozessen verzichten, vielmehr bei der Erörterung der einzelnen Fragen nach der sozialen und wirtschaftlichen Bedeutung des Prozesses auf den einen und auf den anderen Fall Rücksicht zu nehmen haben.

Die soziale Funktion des Prozesses, — dürfen wir von einer solchen reden? Ist nicht der Zivilprozeß nur ein formales Mittel, das an sich vorhandene materielle Recht zu verkörpern, mit dem staatlichen Machtgebote zu einem allerseits anzuerkennenden, durch Staatsorgane erzwingbaren zu machen? Haben die Hinzufügung von Rechtskraft und Vollstreckbarkeit eine selbständige Bedeutung? Ich dächte ja! Wenn es die soziale Funktion des Staates ist, das Gleichgewicht der Interessen zwischen allen seinen Gliedern, auch den Individuen, herzustellen, so genügt es nicht, daß er normiert, was Recht sein soll, sondern er muß auch den Tatbestand mit dem Rechte in Einklang bringen. Ja, wie auf dem Gebiete der Naturerscheinungen nicht die in gegebenen Tatbeständen schlummernde Kraft, sondern nur ihr Umsatz in Leistung ihr eine für den Menschen verwertbare Bedeutung gibt, so auch hier. Ist das

[1] Jurist. Wochenschr. 1903 S. 170ff.

Recht eines der wesentlichsten Elemente des sozialen Lebens, so ist es dies nur, weil es in Rechtskraft und Vollstreckbarkeit verwirklicht werden kann: ohne Zivilprozeß kein Recht. Dies ist nicht in dem Sinne zu verstehen, daß jedes einzelne Recht nur dann vollwirksam sei, wenn es im Zivilprozesse durchgeführt ist. Das Bestehen eines Zivilprozesses von bestimmter Güte, die hierin liegende Möglichkeit, das vorhandene Recht schnell und leicht zu einem rechtskräftigen und vollstreckbaren zu gestalten, verstärkt den Wert des Rechtes. Denn je größer jene Möglichkeit, desto geringer die Neigung zur Rechtsverletzung, zur Störung des sozialen Friedens. Den einzelnen Prozeß hat, wie wir sahen, schon Friedrich der Große zu einem der „Übel in der Sozietät" erklärt; er ist es aber nur wegen des ihm zugrunde liegenden Bruchs der Rechtsordnung, nicht in seiner wiederherstellenden und — wie später zu erwähnen sein wird — in seiner vorbeugenden Funktion.

Die Ausgleichung der Gegensätze, die Erhaltung des Gleichgewichts auf dem Gebiete der Privatrechtsordnung, das ist die soziale Aufgabe des Zivilprozesses. Sie ist die Gerechtigkeit oder, wie Richard Schmidt[1] den Begriff treffend charakterisiert, „die wahre Zweckmäßigkeit, die verhältnismäßige Berücksichtigung aller Zwecke". Als Beispiel fügt er hinzu:

„Gerecht ist derjenige Satz des Schuld- und Vollstreckungsrechts, der sowohl das Interesse der möglichst energischen Befriedigung des Gläubigers wie das der möglichsten Schonung von Familien- und Berufsleben des Schuldners, sowohl das Interesse des kreditsicheren Verkehrs (insbesondere der eventuellen dritten Gläubiger) als auch das Interesse an einem friedlichen Verhältnis der Vermögensklassen (z. B. zwischen Arbeitern und Arbeitgebern) berücksichtigt."

Aus der materiellen Mannigfaltigkeit der Objekte dieser ausgleichenden Funktion des Prozesses ergibt sich aber auch die Mannigfaltigkeit der Mittel. Entspricht, um bei jenem Beispiele zu bleiben, dem Gläubigerinteresse die sofortige Vollstreckbarkeit, so dem Interesse des Schuldners die aufschiebende Wirkung der Rechtsmittel, und weitergehend, dem Interesse des Klägers möglichst rasches Urteil, dem Interesse des Beklagten gründliche und darum langsame Untersuchung: dann kann eben der Zivilprozeß nicht auf einheitlicher Durchführung eines einzigen juristischen Gedankens aufgebaut werden, gerade

[1] Allgemeine Staatslehre (1901) Bd. 1 S. 179.

seine soziale Funktion verlangt einen Ausgleich auch der verschiedenen Forderungen[1].

Demgemäß wird eine Darlegung der sozialen Bedeutung des Zivilprozesses sich auflösen müssen in eine Erörterung der einzelnen Zwecke und der einzelnen dafür anwendbaren und historisch angewandten Formen.

Als oberste Forderung jeder Rechtspflege, die als aus ihrem Wesen folgend einer Begründung nicht bedarf, ist die Gleichheit der Stellung für beide Parteien anzusehen. Und doch — wie unendlich schwierig gestaltet sich die Durchführung! Schon die Grundregel jedes Prozesses „Ne judex procedat ex officio" enthält eine Verschiebung der Parteiengleichheit; denn die Stellung des Angreifers, zu dem nach jener Regel immer die eine Partei werden muß, ist die weniger günstige: „Actore non probante reus absolvitur"; der Kläger verliert sein vielleicht vorhandenes gutes Recht infolge von Beweisfälligkeit. In den einzelnen Prozeßhandlungen selbst aber wird dem Angegriffenen, dem Beklagten, auch in anderer Hinsicht vielfach das Schutzschild des Prozeßgesetzes vorgehalten — in einem Maße, daß es sich oft fragen kann, wird nicht diese Stärkung des Beklagten zur ungerechten Schädigung des Klägers? — ähnlich wie die Erfüllung übertriebener Forderungen nach dem Schutze für den Beschuldigten den Strafprozeß seiner Eigenschaft als Sicherungsmittel für den sozialen Frieden berauben würde. Die Zivilprozeßordnung hat daher selbst die Notwendigkeit empfunden, das Gericht in den Stand zu setzen, durch die ihm beigelegten Prozeßleitungsbefugnisse[2] ausgleichend für die eine oder die andere Partei einzugreifen. Die primitivste Forderung einer sozialen Gestaltung des Zivilprozesses, die Parteiengleichheit, führt somit gleich auf die juristische Streitfrage, um die gegenwärtig der Kampf der Meinungen am heißesten entbrannt ist: Verhandlungsfreiheit der Partei oder Prozeßleitung des Richters?

Der leitende Gedanke bei der Entscheidung dieser Frage ist „das Interesse, welches der Staat selbst an einer materiell gerechten Ordnung des unter den Beteiligten obwaltenden Verhältnisses nimmt"[3]. Daher ist die Frage keine juristische,

[1] Richard Schmidt a. a. O. Bd. 2 S. 883ff; derselbe im Lehrbuch des Zivilprozesses S. 5ff.

[2] §§ 139, 141—158, vor allem § 503 ZPO.

[3] Julius Planck, Lehrb. des Zivilprozesses Bd. 1 S. 196.

sondern eine politische in dem Sinne der Abgrenzung der Staatstätigkeiten. Nach unserer heutigen, hier nicht näher zu begründenden Auffassung, ist dies Interesse bei Vermögensrechten nur ein beschränktes. „Die Beteiligten dürfen billigerweise erwarten, daß der Gesetzgeber durch Befolgung der Verhandlungsmaxime ihrem außerhalb ohnehin entscheidenden Willen auch innerhalb des gerichtlichen Verfahrens einen maßgebenden Einfluß soweit zugestehe, als dies mit der im öffentlichen Interesse liegenden gesetzentsprechenden Handhabung der gerichtlichen Zwangsgewalt vereinbar ist"[1]. Der Staat überläßt ja auch im außergerichtlichen Rechtsverkehre die Ausübung vermögensrechtlicher Befugnisse ganz den Berechtigten und glaubt damit dem sozialen Gleichgewicht am besten zu dienen. Daß sich daraus auch eine unbeschränkte Parteiherrschaft über den Prozeß ergebe, ist keine zutreffende Folgerung: aber auch hier gelangt Planck zu keiner anderen Schranke als zu „der im öffentlichen Interesse liegenden gesetzentsprechenden Handhabung der Gerichtsgewalt". Neukamp hat jüngst diesen Gedanken weiter ausgeführt[2] und überzeugend dargelegt, daß aus der Herrschaft der Partei über den Gegenstand des Zivilprozesses nicht die Herrschaft über die Form des Verfahrens folge, daß vielmehr eine Reihe öffentlich rechtlicher Rücksichten beschränkend eingreifen müsse. Vorläufig genügt es, hier darauf hinzuweisen, daß die Verhandlungsmaxime kein juristisches, folgerichtig durchzuführendes Dogma, sondern nur eine Zweckmäßigkeitsregel ist, die denjenigen Einschränkungen unterliegt, welche von der sozialen Aufgabe des Prozesses, namentlich von der richterlichen Ausgleichung der natürlichen Verschiedenheit der Parteirollen, gefordert werden.

Gleichheit in der Behandlung des Klägers und des Beklagten, Gleichheit aber auch in der Behandlung der Rechtsuchenden überhaupt, Verwirklichung der Gleichheit vor dem Gesetze auch in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ist eine fernere selbstverständliche Forderung an eine soziale Prozessgesetzgebung. Merkwürdigerweise wird dieser Grundsatz durch die fundamentale Gestaltung des ganzen Gesetzes verletzt, und nur die historische Gewöhnung vermag diese Erscheinung zu erklären. Für die Zuständigkeit des Gerichts, für die Formen des Verfahrens und endlich für die Zulässigkeit des höchsten Rechts-

[1] Planck, a. a. O. S. 197.
[2] Verhandlungen des 26. Deutschen Juristentags Bd. I S. 138ff.

mittels ist der Wert des Streitgegenstandes entscheidend, und zwar in der Weise, dass das Verfahren für die Gegenstände hohen Streitwerts als das normale der Prozessordnung zugrunde liegt (Verfahren vor den Landgerichten, §§ 253—494 ZPO.), und dass dann die Normen für das Verfahren vor den Amtsgerichten nur aus gewissen unbedeutenden Modifikationen jenes Normalverfahrens bestehen (§§ 195—510, — also 16 gegenüber 240 Paragraphen). Darauf beschränkt sich aber das Überwiegen des landgerichtlichen Verfahrens nicht, sondern auch die Bestimmungen im allgemeinen Teile der Zivilprozeßordnung sind vom Standpunkte des landgerichtlichen Verfahrens mit Anwaltszwang aus gegeben, passen eigentlich nur in dessen Struktur und sind so, wie sie gegeben sind, zum Teil auf das amtsgerichtliche Verfahren nicht ohne Zwang anzuwenden. Beispiele bieten der Parteibetrieb bei Zustellungen, vor allem aber die mündliche Verhandlung durch Parteivorträge, die in freier Rede zu halten sind (§ 137 Abs. 2). Diese Art der Gesetzgebungstechnik erfährt ihre eigentümliche Beleuchtung dadurch, dass der Anteil der Landgerichte an der Gesamtzahl der vermögensrechtlichen Prozesse in den Jahrfünften 1881/85: 12,0 %, 1886/90: 11,4 %, 1891/95: 11,8 %, 1896/1900: 12,0 % und im Jahre 1901: 13,5 % betrug[1], dass also, abgesehen von dem Jahre 1901, rund 88 % aller Prozesse nicht unter die Normalformen der Prozessordnung fielen.

Jene plutokratische Scheidung im Verfahren, je nach der Wertgrenze der amtsgerichtlichen Zuständigkeit (z. Zt. 300 Mark), hat eine doppelte Bedeutung. Die Zivilprozeßordnung geht offenbar davon aus, dass das Verfahren vor den Landgerichten das wichtigere, sorgfältiger zu behandelnde sei. Eine Scheidung von Sachen in wichtige und minder wichtige ist an sich sehr wohl denkbar; schon aus finanziellen Gründen kann man nicht das ganze schwere Rüstzeug der kollegialgerichtlichen Organisation und des kollegialgerichtlichen Verfahrens auf alle Prozesse anwenden, so gut wie Zuständigkeit und Verfahren im Strafprozesse nach der Schwere der den Gegenstand der Anklage bildenden Straftat abgestuft sind. Ja sogar dagegen würde nichts einzuwenden sein, wenn für gewisse Sachen niedrigsten Wertes (Bagatellsachen) ein ganz besonders erleichtertes, formloses Verfahren eingeführt wird[2]. Solche geringste Werte vertragen eben

[1] Die statistischen Zahlen des Textes sind, wo nichts anderes angegeben, dem XI. Jahrgange der „Deutschen Justizstatistik" (1903) entnommen.

[2] Einen solchen Gedanken verwirklichen die gemäß § 14 Nr. 3 GVG.

den vollen Apparat eines Prozesses nicht, wirtschaftlicher Erfolg und wirtschaftliche Aufwendungen stehen bei ihnen ausser Verhältnis. Wenn aber, abgesehen von solchen Ausnahmen, die vermeintlichen Vorzüge der Aburteilung durch mehrere Richter und des gründlicheren Verfahrens den einzelnen Sachen nach einem Wertmaßstabe zuteil werden sollen, so erhebt sich alsbald der berechtigte Einwand, dass zunächst das hohe Objekt mit der größeren oder geringeren Schwierigkeit des Prozesses in keinem Zusammenhange steht. Eine liquide Klage aus einer Hypothek von 10000 Mark kann oft in Hinsicht auf Prozesstechnik und juristische Beurteilung dem Richter eine unendlich viel leichtere Aufgabe stellen, als ein ländlicher Nachbarprozess um ein Objekt von 10 Mark. Nicht minder aber ist vom Standpunkte der beteiligten Parteien aus ein Rechtsstreit um genau dasselbe Objekt bald für deren Existenz von grösster Bedeutung, bald eine Bagatelle. Wenn ein grosser Modehändler von einer reichen Dame 1000 Mark für eine gelieferte Robe verlangt, die diese ihm wegen Mangelhaftigkeit zur Verfügung gestellt hat, so ist das für beide Teile eine Kleinigkeit gegenüber dem Prozesse um den Kaufpreis für den dürftigen Hausrat oder um die Miete des Armen mit einem Streitwert von 20 Mark[1]. Von einer Wertsabstufung gilt dasselbe, was man für die Geldstrafe ausgeführt hat, der Wert, den ein Objekt für den an ihm Berechtigten hat, ist kein absoluter, sondern nur bestimmbar nach dem Verhältnis, in dem er zum übrigen Vermögen steht. Andererseits, wenn das Normalverfahren zugeschnitten ist auf diejenigen Objekte, denen der Gesetzgeber glaubt die grössere Wichtigkeit beimessen zu sollen, so wird diese Behandlung dem Bedürfnisse der grossen Mehrzahl der Sachen nicht gerecht. Man hat in letzter Zeit vielfach eine Erhöhung der Grenzen für die amtsgerichtliche Zuständigkeit gefordert: sie würde das Übel nur verschieben, nicht beseitigen. — Am schwersten wiegt aber die starre einheitliche Wertsgrenze bei der Revisionssumme. Soll die Revision, das oberste Rechtsmittel, dazu dienen, den rechtlichen Zweifelsfragen eine höchste, durch ihre Autorität bindende Entscheidung zu sichern und eine einheitliche Rechtsprechung herbeizuführen, so darf die Erreichbarkeit des Reichsgerichts

---

in Württemberg und Baden gebildeten Gemeindegerichte. Näheres hierüber s. Deutsche Justizstatistik XI S. 120 Anm. 2. Auch in Österreich besteht ein Bagatellverfahren bis zu 50 fl. = 85 Mark Streitwert.

[1] Sehr gut Jastrow in der Ztschr. f. d. Zivilproz. Bd. 18 S. 306f.

nicht an Voraussetzungen geknüpft sein, die tatsächlich die ungeheuere Mehrzahl aller Prozesse von dem Rechtsmittel ausschließt. Selbstverständlich kann man nicht daran denken, alle Prozesse kollegialisch zu behandeln und zu entscheiden, in allen Prozessen ein Angehen des Reichsgerichts in den bisherigen Formen der Revision zu gestatten. Allein es bedarf der ernstesten Erwägung, ob wir nicht — und das gilt auch im Strafprozess — an einer wahren Vergeudung von Richterkräften leiden. Warum zu einem Versäumnisurteil einfachster Art beim Landgerichte drei Richter erforderlich sind, warum das Reichsgericht zur Zurückweisung einer offensichtlich unbegründeten Revision des Apparats einer mündlichen Verhandlung vor sieben Richtern gebraucht, — dafür sind Gründe kaum zu finden. Die bei uns historisch gegebenen Sätze, daß die Mitwirkung einer größeren Zahl von Richtern eine größere Gewähr für ein richtiges Urteil biete, und dass die obere Instanz stets stärker besetzt sein müsse, als die vorhergehende, bedürften noch erst des Beweises. In einer Reihe deutscher Kleinstaaten bestand früher die Organisation, dass alle vermögensrechtlichen Streitigkeiten ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes einzelrichterlicher Entscheidung unterlagen. Vorausgesetzt, dass das Verfahren zweckmässig geregelt und für eine sachgemässe Ausgestaltung des Rechtsmittelzuges Sorge getragen wird, vielleicht unter Ausschluss aller Rechtsmittel bei Bagatellobjekten[1], würde eine solche Organisation wohl einer eingehenden Erwägung wert sein. Sind doch in England die höchsten Gerichtshöfe zum Teil mit Einzelrichtern besetzt[2]. Dabei darf nicht verschwiegen werden, dass bei der Reform in Österreich die früher auch dort bestehende unbegrenzte Zuständigkeit der Bezirksgerichte (Einzelrichter) eingeschränkt worden ist; die Regierungsvorlage schlug die Grenze von 1000 fl. = 2000 Kr. = 1700 Mark vor, das Gesetz ging noch weiter und setzte die Grenze auf 500 fl. (= 1000 Kr.) oder 850 Mark herab. Ehe-, Entmündigungs- und sogenannte Kindschaftssachen würden den Kollegialgerichten auch nach diesem Vorschlage verbleiben.

Scheut man aber die allerdings sehr tiefgehenden Änderungen, die eine solche Reform für die Gerichtsverfassung, für

---

[1] In Österreich ist in Bagatellsachen (bis zu 50 fl.) die Berufung nur wegen gewisser grober Rechtsverletzungen zulässig, §§ 501, 448 österr. ZPO.

[2] Vgl. Schuster, Bürgerliche Rechtspflege in England S. 16, 19, 23.

die Rechtsanwaltschaft, überhaupt für unser ganzes Rechtsleben haben würde, so kann doch reformatorisch die gegenwärtige einseitige Bevorzugung der hohen Wertsobjekte gemildert werden. Zwar nicht durch Erhöhung der Zuständigkeitsgrenze; das wäre, wie bereits erwähnt wurde, nur eine Verschärfung des plutokratischen und deshalb antisozialen Gedankens unserer gegenwärtigen Gerichtsverfassung; die Zahl der Sachen, die dadurch der Behandlung durch den Einzelrichter zugewiesen würden, ist sehr gross, es wäre mit der sozialen Gerechtigkeit nicht vereinbar, sie zu degradieren und für die höchsten Objekte das bessere Verfahren bestehen zu lassen. Eine andere Aufgabe wäre es aber, das tatsächlich häufigste Verfahren, das Verfahren vor den Amtsgerichten, auf selbständiger Grundlage auszugestalten, ihm diejenige Leichtigkeit, Beweglichkeit und vor allem Schnelligkeit zu verleihen, welche das Bedürfnis der grossen Mehrheit der Bevölkerung fordert, für die — worauf später noch zurückzukommen sein wird — das Ziel der Rechtsgewissheit und der Rechtsverwirklichung als ein rasch, sicher, leicht zu erlangendes weit mehr notwendig ist, als ein juristisch-technisch vollendetes Verfahren.

Würde man so zu einer lebensvollen Ausgestaltung des Verfahrens vor den Amtsgerichten gelangt sein, und dieses seines Charakters als eines bloßen verkürzten Normalverfahrens entkleidet haben, so würde auch die Frage nach der Ausdehnung der amtsgerichtlichen Zuständigkeit eine andere Beantwortung finden können: die Ausdehnung würde dann nicht eine Verschlechterung des Prozesses für die den Amtsgerichten zuwachsenden Sachen, sondern eine Verbesserung bedeuten. Auch hier aber würde die Erwägung, ob nicht nach sachlichen Merkmalen (wie schon jetzt im § 23 Abs. 2 GVG.) statt nach einer festen Wertgrenze der Kreis der amtsgerichtlichen Zuständigkeit zu erweitern sei, nahe liegen, um an Stelle des plutokratischen Moments das soziale, das der für das Rechtsverhältnis geeigneten Rechtsschutzform zu setzen.

Was endlich die Zulassung der Revision betrifft, so steht fest, daß der gegenwärtige Zustand unhaltbar ist; das Reichsgericht ist in einem Maße überlastet, daß bei einzelnen Senaten die Termine bis auf neun Monate hinaus anberaumt werden mußten. Ferner steht fest, daß eine Vergrößerung des Reichsgerichts durch Erhöhung seiner Mitgliederzahl oder durch Vermehrung der Senate — etwa mit Herabsetzung der gesetzlichen Präsenzzahl von sieben Richtern — ohne Gefährdung der Rechts-

einheit nicht durchgeführt werden kann. Die Erhöhung der Revisionssumme von 1500 Mark etwa auf 3000 Mark, wie sie die Regierungsvorlage von 1898 vorschlug, der Reichstag aber verwarf[1], und wie sie dem Vernehmen nach von der Mehrheit der Reichsgerichtsmitglieder selbst als einziger Ausweg betrachtet wird, stellt ein sehr bedenkliches Mittel dar; nicht nur als abermalige Verschärfung eines plutokratischen Gegensatzes, sondern vor allem weil dadurch der Zweck eines höchsten Gerichtshofs, die Erhaltung der Rechtseinheit gefährdet wird. Den sozialpolitisch wichtigsten Rechtsgebieten, vor allem dem gewerblichen Arbeitsvertrag als Dienstvertrag wie als Werkvertrag, der Wohnungsmiete in Anwendung auf das Wohnungsbedürfnis des weitaus größten Teiles der Bevölkerung — ihnen würden damit jene Wohltaten entzogen, die wiederum vorzugsweise den Fragen erhalten blieben, die zwischen den wirtschaftlich ohnehin mächtigen Klassen der Rechtsuchenden streitig werden. Es sind vielfach Vorschläge gemacht worden, welche die Beschränkung auf anderem Wege erreichen wollen[2], vor allem in irgend einer Form die Beschränkung der mündlichen Verhandlung auf die wichtigsten Sachen oder auf Parteiantrag (wie beim preußischen Oberverwaltungsgericht und beim österreichischen Obersten Gerichtshofe) oder eine Vorprüfung (wie beim französischen Kassationshofe)[3]. Die Bedenken gegen solche Beschränkungen liegen im wesentlichen auf juristisch-technischem Gebiete: es soll und kann hier nicht näher darauf eingegangen, sondern es muß nur die Forderung erhoben werden, daß auch der sozialen Bedeutung der Zugänglichkeit des höchsten Gerichtshofs für die Rechtsinteressen aller Bevölkerungsschichten ihr Recht gewahrt bleibe.

Soll der Staat seine Aufgabe als Regulator des sozialen Gleichgewichts erfüllen, so muß er seine Machtmittel in einer Art dem einzelnen zur Verfügung stellen, die es diesem ermöglicht, sich ihrer ohne Mühe zu bedienen. Die leichte Erreichbarkeit der Rechtspflege ist ein weiteres soziales Kennzeichen einer guten Prozeßgesetzgebung. Sie ist zunächst

---

[1] Vergl. Drucks. d. Reichst. 9. Legisl.-P. V. Sess. 1897/98 Nr. 61 S. 120 ff. (Begründung des Entw.); Nr. 240 S. 117—147 (Kommissionsbericht) Stenogr. Ber., Sitzung vom 3. Mai 1898 S. 2118—2134.

[2] Vergl. hierüber Schwartz, Zivilprozeßreform S. 15 ff., der freilich (S. 33) auf die „Sammlung weiterer Erfahrungen" und schließlich auf die Erhöhung der Revisionssummen hinauskommt.

[3] Neueste Vorschläge von Hagens in der Deutschen Juristen-Zeitung 1903 S. 181 ff., 277 ff. Dagegen Boyens, Jurist. Wochenschr. 1903 S. 283.

eine Frage der Behördenorganisation: genügend zahlreiche Gerichtsbehörden an zweckmäßig ausgewählten Sitzen mit sachgemäß gebildeten Sprengeln sind das erste Erfordernis an die Rechtseinrichtungen. Die Organisation aber ist, auch wenn sie — wie in Preußen — nur durch Gesetz erfolgen kann, inhaltlich eine Aufgabe der Verwaltung, sie gehört daher nicht in unsere Erörterung. Wohl aber kommen in Betracht die Zuständigkeits- und die Verfahrensvorschriften. In dieser Hinsicht ist es zunächst selbstverständlich, daß eine Ausdehnung der amtsgerichtlichen Zuständigkeit, in welcher Form sie sich auch vollziehen mag, der leichten Zugänglichkeit der Rechtspflege zu statten kommt. Im übrigen aber sind es zwei Fragen der Prozeßgestaltung, die vorzugsweise in diesem Zusammenhange Bedeutung gewinnen: die Mündlichkeit und Unmittelbarkeit des Verfahrens und in Verbindung damit der Anwaltszwang.

Von den technischen Vorteilen und Nachteilen der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit sei hier abgesehen: sie interessieren uns nur, insoweit sie die, wenn der Ausdruck gestattet ist, Popularisierung der Rechtspflege erleichtern oder erschweren. Indem sie zu einem Erscheinen und Verhandeln vor dem Gerichte nötigen, ein Opfer an Zeit und in der Regel an Reiseaufwand oder an Vertretungskosten erfordern, erscheinen sie gegenüber der Schriftform als eine Erschwerung. Soweit sie aber die Möglichkeit einer unmittelbaren Einwirkung auf den Richter (im Sinne eines geregelten Verfahrens verstanden) gewähren, soweit sie es der Partei ermöglichen, selbst den einzelnen Stadien des Prozesses zu folgen, wirken sie gegenüber dem toten Schriftwort erleichternd und befreiend. Auch hier sehen wir also eine Durchkreuzung der verschiedensten Interessen, und wiederum ist es Aufgabe einer wahrhaft sozial wirkenden Prozeßgesetzgebung, die richtige Mitte zu finden. Sie liegt darin, die Schrift zu verwenden, wo diese die gleichen Dienste tut, wie das Wort und die Person, das Wort und die Person da, wo es sich um den Kern der Dinge handelt, wo das Interesse der Bequemlichkeit hinter dem Interesse der persönlichen Zugänglichkeit der Rechtspflege zurücktritt.

Das Erfordernis des Anwaltszwanges ist allen neueren Prozeßgesetzgebungen gemeinsam. Er kann in doppelter Gestalt erscheinen: entweder so, daß jede Handlung in einem bestimmten Verfahren nur durch den Anwalt vorgenommen

werden kann (so in unserer Zivilprozeßordnung), — oder so, daß die Partei die Wahl hat, die Handlung entweder selbst oder durch einen Anwalt vorzunehmen (so im früheren preußischen Prozesse). Die radikale Forderung einer Beseitigung des Anwaltszwanges übersieht, daß der Prozeß seinem Wesen nach ein Formgebilde ist, dessen Beherrschung Fachkenntnisse und Fachbildung voraussetzt, daß ferner unsere modernen verwickelten Verkehrsbeziehungen, daß unsere unendlich fein verästelten sozialen Verhältnisse ein materielles Recht erzeugen, dessen Verständnis sich gleichfalls zu einer überaus schwierigen Aufgabe gestaltet, deren Schwierigkeit in der sehr beklagenswerten Erscheinung von juristischen Spezialisten, namentlich auf dem Gebiete der Anwaltstätigkeit, zu Tage tritt. Daß eine Popularisierung des Rechtes in dem Sinne, jedem Bürger das Verständnis zu ermöglichen, eine Utopie ist, sollte nach dem durch das Preußische Landrecht erbrachten Beweise niemand füglich bezweifeln; der Versuch staatlichen Rechtsbeistandes durch die Assistenzräte des Corpus iuris Fridericianum mußte nach 12 Jahren von der sonst durchaus den Geist der Staatsfürsorge atmenden Allgemeinen Gerichtsordnung wieder aufgegeben werden[1]. Der Anwaltszwang stellt gleichsam eine mittlere Linie dar, eine staatliche Fürsorge, daß keine Partei, ihrer eigenen Kraft vertrauend, den gefahrvollen Boden betrete, ohne sich eines kundigen Führers versichert zu haben. Aber noch auf eine weitere Bedeutung des Anwaltszwanges hat jüngst Richard Schmidt[2] aufmerksam gemacht, auf die Bedeutung der Kontrolle des Richters durch den rechtsgelehrten Berufsanwalt.

Auf der anderen Seite sind das Monopol eines Berufsstandes, das Dazwischenschieben einer Mittelsperson zwischen Partei und Gericht, entgegen der soeben erörterten Forderung leichter Zugänglichkeit der Justiz, die Abhängigkeit der Partei von dem Anwalt Folgeerscheinungen, die vom Standpunkte der Gleichwertigkeit aller Interessen zu ernsten Bedenken Anlaß bieten. Auch hier liegt die Lösung wieder in der Herstellung des Gleichgewichts zwischen den Nachteilen und den Vorteilen des Anwaltszwanges für die Partei; weit abzuweisen ist eine etwaige Rücksichtnahme auf das Gericht, dem aller-

---

[1] Vergl. über dieses merkwürdige gesetzgeberische Experiment Schwartz, 400 Jahre deutschen Zivilprozesses S. 500ff., 510ff.
[2] Allgemeine Staatslehre Bd. 2 S. 884.

dings die Sachen von Anwälten besser vorbereitet und durchgearbeitet geboten werden, als von der Partei selbst. Jenes Gleichgewicht liegt in der Beschränkung des Anwaltszwanges auf das Gebiet des Notwendigen. Solange das kollegialgerichtliche Verfahren als ein besonderes bestehen bleibt, wird man hier des vollen Anwaltszwanges nicht entraten, aber doch erwägen können, ob nicht der Kreis der davon befreiten Prozeßhandlungen weiter gezogen werden kann. So z. B. ist — gerade im Interesse des sozialen Friedens — der Widersinn zu beseitigen, daß der Beklagte zu der billigsten und für den Kläger wirksamsten Erledigung des Rechtsstreits durch Anerkenntnis und zum Abschlusse eines Vergleichs, auch wenn letzterer nur in der Bewilligung von Ratenzahlungen besteht, der kostspieligen Anwaltshilfe bedarf. Die Klage vom Anwaltszwange zu befreien, ist bei deren prozeßbestimmendem Charakter nicht ohne schwere technische Bedenken; vielleicht würden gewisse Gattungen von Klagen, z. B. Wechselklagen, eine Ausnahme gestatten. Gelangt man zu einer erheblichen Ausdehnung der amtsgerichtlichen Zuständigkeit, so wird der Gedanke der österreichischen Zivilprozeßordnung (§ 29 Abs. 1) von einem bestimmten Objekte ab zwar persönliches Auftreten auch noch zu gestatten, aber als Bevollmächtigte nur Anwälte zuzulassen (ähnlich wie bei unserer weiteren Beschwerde in der freiwilligen Gerichtsbarkeit oder bei der Revision im Strafprozeß) immerhin Erwägung verdienen[1]. Vor allem aber liegt eine wesentliche Milderung des Anwaltszwanges in dem möglichst ausgedehnten persönlichen Erscheinen der Partei neben dem Anwalte. Wenn die Partei sieht und hört, wie ihre Sache verhandelt wird, so wird der Prozeß ihr nicht mehr als ein ihr von einer übermächtigen Staatsgewalt aufgezwungener, geheimnisvoller Formenkram, sondern als eine ihren Interessen, aber zugleich der Gerechtigkeit dienende Einrichtung erscheinen. Die günstigen Erfolge der österreichischen Zivilprozeßordnung beruhen nach dem Zeugnisse von Praktikern zum Teil gerade darauf, daß das persönliche Erscheinen der Parteien auch im Anwaltsprozesse sehr häufig geworden ist[2] und so die Vor-

[1] Die österreichische Vorschrift beschränkt sich auf Streitwerte über 500 Fl. Da im Entwurfe die Grenze der bezirksgerichtlichen Zuständigkeit auf 1000 Fl. bestimmt war, fiel ein großer Teil bezirksgerichtlicher Sachen unter die Vorschrift, während sie jetzt nur für die ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes den Bezirksgerichten zugewiesenen Sachen Bedeutung hat.

[2] Obwohl der § 183 Z. 1 österr. ZPO. dem Gerichte nur die Befugnis gibt,

züge der unmittelbaren Prozeßführung mit dem Anwaltszwange sich verbinden. Zugleich beseitigt die persönliche Anwesenheit der Partei wegen der Möglichkeit sofortiger Information des Anwalts einen wesentlichen Grund der später noch zu erörternden Vertagungen. Ob es ratsam ist, die Nötigung zum persönlichen Erscheinen gesetzlich zu verstärken, ob man einer dahin führenden Entwickelung der Praxis vertrauen darf, das mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist hier wieder ein Weg vorgezeichnet, in dem die Zivilprozeßgesetzgebung ihren sozialen Aufgaben nur durch Ausgleichung der Interessen gerecht werden kann.

Der Prozeßgang selbst muß sich in einer Reihe von Akten vollziehen, die mit Rücksicht auf die beteiligten Personen, auf die Notwendigkeit einer dauernden, von der persönlichen Erinnerung unabhängigen Feststellung, auf die daran sich knüpfenden Wirkungen festgefügter Formen nicht entbehren können. Diese Formen gleichen dem Räderwerke eines kunstvollen Mechanismus: sie können nur dann zur Erreichung des gewollten Erfolges wirken, wenn sie nach einheitlichen Gesetzen konstruiert sind. Während aber bei dem äußeren Mechanismus der gewollte materielle Erfolg selbst die Kontrolle dafür bietet, daß das Räderwerk ihm dienstbar gemacht, daß kein unnützes Rad eingefügt wird, fehlt im Prozesse diese Kontrolle. Über die zu erreichenden Erfolge können die Ansichten weit auseinander gehen. Dem dialektisch geschulten, an analytische Methode gewöhnten Juristen bleibt die Gefahr nicht erspart, um der Schönheit und Reinheit des Prinzips willen, Formen für wesentlich zu halten, die es im Hinblick auf den materiellen Zweck nicht sind, oder gar formalistische Folgerungen als richtig und notwendig zu betrachten, die hemmend und störend den eigentlichen Prozeßzweck schädigen. Gerade hier greift die soziale Betrachtungsweise als Korrektiv ein. Das Recht ist von diesem Standpunkt aus nie Selbstzweck, sondern dient anderen Interessen; die Förderung dieser Interessen ist auch die Aufgabe des Prozesses. Muß er auch in sich harmonisch aus demselben Grundgedanken gestaltet sein, so darf er doch nie den Zweck aus den Augen verlieren.

---

ohne irgendwelche Androhung von Rechtsnachteilen zum Erscheinen „aufzufordern". (Das dem § 141 der deutschen ZPO. entsprechende „anordnen" im § 199 Entw. ist abgeschwächt, um klarzustellen, daß ein Erscheinungszwang nicht bestehe. Beil. z. d. stenogr. Protok. d. österr. Abgeordnetenh. XI. Sess. 1894 Nr. 968 S. 30.)

Dem Mechaniker ist oberstes Gesetz, einer Maschine auch nicht ein überflüssiges Glied zuzufügen; das gleiche Gesetz gilt von dem geistigen Mechanismus des Prozesses. Solche überflüssigen Räder haben wir auf Grund geschichtlicher Entwicklung noch gar viele (es sei an die Überspannung des Parteibetriebs, an die Zusteilungsformen u. dgl. m. erinnert). Wie nun im einzelnen das Verfahren mit Rücksicht auf seinen Zweck zu gestalten sei, wäre ein Gegenstand umfangreicher Untersuchungen; es genügt hier wiederum mit Nachdruck zu betonen, daß der soziale Gedanke der in den Rechtspflegeeinrichtungen herrschende und bestimmende bleiben, die juristische Form aber nur die technischen Mittel für ihn liefern muß. Es ist dies keine Binsenwahrheit, die auszusprechen überflüssig wäre, da die Überlieferung hier eine gewaltige Macht übt, kraft deren vieles nur um deswillen als notwendig gilt, weil es eben besteht.

Nur auf zwei Einzelheiten sei noch hingewiesen. Unsere neueste Rechtsentwickelung hat in dem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, namentlich in dem Reichsgesetze vom 17. Mai 1898, Prozedurformen geschaffen, die ebenso wie der Zivilprozeß der Feststellung streitiger Rechtsverhältnisse dienen[1]. Die Grenze zwischen diesen Verfahrensarten, die namentlich familienrechtliche und familiengüterrechtliche Verhältnisse zum Gegenstande haben, und dem ordentlichen Zivilprozesse ist willkürlich gezogen; unverkennbar aber ist darin der Gedanke verkörpert, die leichtere Form des Verfahrens mit Offizialcharakter dort zu gewähren, wo die streitigen Interessen eine über das Vermögensrecht hinausgehende Bedeutung haben und leichte, schnelle Entscheidung fordern.

Ferner haben wir im Bürgerlichen Gesetzbuche, dank der Reichstagskommission, den vielleicht zu einer praktischen Verwertung im Einzelfalle wenig geeigneten[2], als gesetzgeberisches Prinzip aber hochbedeutsamen sog. Schikane-Paragraphen, den § 226, welcher bestimmt: „Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen". Die gleiche, im eminenten Sinne sozialpolitische Rechtsvorschrift muß auch den Zivilprozeß beherrschen. Die Prozeßschikane, d. h. die Benutzung von Prozedur-

[1] Vgl. hierüber K. Schneider in der Zeitschr. f. d. Zivilproz. Bd. 29 S. 96 ff.

[2] Vgl. das interessante Urteil des Reichsgerichts in der Entsch. in Zivils. Bd. 54. S. 433.

formen zur Schädigung des Gegners ohne berechtigten eigenen Vorteil, durch unbegründetes Bestreiten, durch unnützes Vorbringen, ist unzulässig. Es ist auffällig, wie wenig der einseitig privatrechtlich geschulte Jurist an den Gedanken an die Verwerflichkeit der Schikane sich gewöhnt, wie man aus dem Munde hochachtbarer Anwälte im besten Glauben mitunter die rücksichtslose Ausnutzung der eigenen Machtstellung im Interesse des Mandanten verteidigen hört[1]. Hier den Gedanken an die soziale Verantwortlichkeit wach zu erhalten, ist eine der wichtigsten Aufgaben für die Verfahrensvorschriften. Unsere Zivilprozeßordnung hat eine Reihe bezüglicher Vorschriften (§§ 278, 279, 283, 367, 374, 431, 433). Ob sie ausreichen, ob nicht dem Grundsatze der Unzulässigkeit jeder prozessualen Handlung, die nicht zur Förderung des Rechtsstreits beiträgt, schärferer Ausdruck zu geben wäre: auch das ist eine offene Frage. Im übrigen dienen Verbote, wie das vorliegende, ihrem Zwecke mehr durch ihr Bestehen, als durch ihre Anwendung[2].

Die soziale Aufgabe des Zivilprozesses, Verwirklichung der Gerechtigkeit d. h. Feststellung und Erzwingung des Rechtszustandes, setzt Anwendung eines Rechtssatzes auf einen Tatbestand, diese wieder Ermittelung des Tatbestandes voraus. Die drei Stadien des bürgerlichen Rechtsstreits: Feststellung der tatsächlichen Elemente — Rechtsanwendung — Erzwingung des festgestellten Rechtes, beanspruchen gleiche Bedeutung. Die Gerechtigkeit als höchste soziale Forderung an den Staat kann sich nur aufbauen auf einer objektiv wahren und richtigen Grundlage. Damit wäre an sich die friderizianische Forderung amtlicher Ermittelung der Wahrheit im Zivilprozesse von selbst gegeben. Ihr treten aber andere Erwägungen entgegen. Wenn die Partei über das Recht frei verfügen kann, wenn dessen Geltendmachung überhaupt in ihrem Willen liegt, so muß auch die Art der Geltendmachung in ihrem Belieben stehen, nicht in dem Sinne, daß sie über die Art, in der das Gericht verfahren soll, verfügt, wohl aber in dem, daß niemand sie zwingen

[1] Ein charakteristisches Beispiel bietet Koffka in dem Gutachten zum 24. Deutschen Juristentage (1898) Bd. 1 S. 171, wo er empfiehlt, daß ein Anwalt Versäumnisurteil gegen seine Partei ergehen lasse, um dadurch und durch nachfolgende Einspruchseinlegung Zeit zur Beschaffung eines Gegengutachtens gegen ein ihm ungünstiges Gutachten in einem Patentprozesse zu erwirken.

[2] Vgl. die Begründung zum Entwurf der österr. ZPO. Nr. 688 der Beil. zu den stenogr. Protok. des Abgeordnetenhauses XI. Session 1893 S. 189.

kann, die Wahrheit anzugeben. Daß der amtliche Versuch der Wahrheitsermittelung recht oft auf schwachen Füßen ruht, lehrt der Strafprozeß. Aber in ihm ist das Verhältnis ein anderes: in den zahllosen Fällen, in denen eine überzeugende Ermittelung nicht gelingt, ist es nur der staatliche Strafanspruch, der allenfalls Schaden leidet; es bleibt ein Schuldiger unbestraft — vielleicht bedauerlicherweise im Interesse der Rechtspflege, aber ohne jeden Nachteil für einen anderen. Im Zivilprozesse hingegen stehen zwei Parteien einander gegenüber, von denen eine Recht haben muß und nur eine Recht haben kann. Der Strafrichter kann sich darauf zurückziehen: non liquet, darum bekommt der verfolgte Beschuldigte Recht, denn der Richter gibt dadurch niemand Unrecht. Im Zivilprozeß aber schließt das Zusprechen eines Rechtes an eine Partei fast immer ein Absprechen gegenüber der andern in sich. Fanatiker der Verhandlungsmaxime wollen hier formalistisch mit Fiktion und Präklusion helfen, zum Teil tut es auch unser Gesetz. Allein die Macht der Wahrheit ist stärker, die Offizialermitteiung nimmt schon in der deutschen Zivilprozeßordnung einen breiten Raum ein[1]. Noch weiter ist die Wahrheitserforschungspflicht in der österreichischen Zivilprozeßordnung ausgebildet, und ihren Schlußstein bildet die Einvernehmung und eintretendenfalls die Beeidigung der Parteien[2]. Der alte Streit über den Wert dieses in jedem Falle inquisitorischen Beweismittels soll nicht erneuert werden: es genügt, darauf hinzuweisen, daß die theoretische Forderung offizieller Wahrheitsermittelung undurchführbar, daß aber auch die vollständige Parteiherrschaft über den Prozeßstoff unmöglich ist. Also wieder ein Weg der Kompromisse, auf dem nur Zweck und Ziel des Zivilprozesses fest im Auge zu behalten sind.

Die objektive Verwirklichung der sozialen Gerechtigkeit findet ihr subjektives Widerspiel in der Zufriedenheit mit den geschaffenen Einrichtungen, in Anwendung auf unser Thema, in dem Vertrauen in die Rechtspflege. Mit Recht mahnt Richard Schmidt an anderer Stelle[3]:

„zu beherzigen, daß es für die Güte einer Zivilrechtspflege nicht nur darauf ankommt, ob ihr Ergebnis objektiv, sachlich in den meisten

[1] Abgesehen von den von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkten kommen namentlich die Vorschriften der §§ 143, 144, 148, 149 ZPO. u. a. m. in Betracht.
[2] §§ 371, 383 österr. ZPO.
[3] Lehrb. des Zivilprozesses S. 7.

Fällen ein gutes ist, sondern auch darauf, ob ihr Ergebnis in den Augen des Volkes, vom subjektiven Standpunkte der daran Interessierten befriedigend ist; — denn ein Staat ist überhaupt nicht existenzfähig bezw. nicht in den ihm gewiesenen Aufgaben leistungsfähig, wenn die Bevölkerung oder wichtige Kreise derselben mit vielen oder manchen wesentlichen Faktoren des Staats unzufrieden sind."

Leider lehrt eine objektive Betrachtung, ein Blick in die Tagespresse und in die stenographischen Berichte über parlamentarische Verhandlungen, daß das Vertrauen in die Rechtspflege, der Stolz auf die Gerichte, in starkem Niedergange begriffen sind. Mag die Tadelsucht des Zeitalters auch an solchen Äußerungen der Unzufriedenheit ihr gutes Teil haben, objektiv ist die Tatsache nicht zu leugnen. Ihre charakteristische Äußerung ist der Ruf nach Sondergerichten. Man hat diesen Bestrebungen in der Schaffung der Gewerbegerichte eine nicht unbedenkliche Konzession gemacht. Alle Interessentenkreise verlangen jetzt die gleiche „Wohltat". Die neueste Erscheinung auf diesem Gebiete ist das Verlangen nach Kaufmannsgerichten, das zur Zeit noch den Bundesrat beschäftigt[1]. Daß man bei ihnen Laienzuziehung begehrt, ist eine bei richtiger Methode der Auswahl sogar nützliche Verbesserung. Aber hierin liegt nicht der Kern der Forderung. Einen schlagenden Beweis hierfür bietet die Tatsache, daß zum Vorsitz in den Gewerbegerichten ganz überwiegend Juristen, ja in weitem Umfange praktische Richter nebenamtlich berufen sind. Es ist undenkbar, daß die Teilnahme von Laienbeisitzern die innere Natur dieser Vorsitzenden in ihr Gegenteil verkehren werde; tatsächlich wird der Vorsitzende in Rechtsfragen den tonangebenden Einfluß ausüben. Nicht die Teilnahme der Laien allein macht die Rechtsprechung zu einer volkstümlichen, sondern was verlangt wird, ist Einfachheit und Schnelligkeit des Verfahrens: der schleppende, formalistische Zivilprozeß ist es, gegen den das Rechtsgefühl sich auflehnte. Schaffen wir einen wahrhaft sozialen Zivilprozeß, so ist jenes Mißtrauen geschwunden. Daß eine weitere Abbröckelung von der Justiz für diese eine Lebensfrage werden, daß die Gewährung jener Wünsche sie in ihr Herz treffen würde, kann hier nur angedeutet werden, es liegt aber für jeden Kundigen auf der Hand.

Und nun noch eine oben bereits gestreifte soziale Funktion des Prozesses.

---

[1] Vgl. oben S. 42 Anm. 1.

Die höchste Aufgabe jeder gesunden Sozialpolitik ist der soziale Friede. Ihm kann auf dem Gebiete der Privatrechtsordnung das Kampfmittel, der Zivilprozeß, dienstbar gemacht werden. Je energischer und schneller für das Ende jedes Streits gesorgt ist, desto ernster ist die Erwägung des Streitlustigen, ob er den Kampf beginnen soll. In Anknüpfung an den an den Eingang dieser Erörterungen gestellten Satz des großen Königs, bestimmt der § 22 der Einleitung zur Allgemeinen Gerichtsordnung:

„Auch bei der zweckmäßigsten Behandlung bleiben Prozesse, wegen des nachteiligen Einflusses, welchen sie nicht nur auf die Glücksumstände, sondern auch auf den sittlichen Charakter der Parteien haben können, stets ein in der bürgerlichen Gesellschaft möglichst zu vermeidendes Übel."

Sehr richtig! wenn es uns auch im Zeitalter der knappsten Gesetzesfassung seltsam anmutet, einen solchen Satz in einem Gesetze zu finden. Wenn aber unser § 22 fortfährt:

„Der Richter muß sich daher bemühen, die entstehenden Prozesse durch gütliches Übereinkommen beizulegen",

so soll der Wert vermittelnder Sühne nicht verkannt werden. Aber das Mittel wirkt nur beschränkt, es heilt das entstandene Übel, während die rechte Kunst des Arztes der Krankheit vorbeugt. Nein! das wahre Mittel der Prozeßverhütung ist eine Prozeßordnung, die dem Rechte gut und rasch zum Siege verhilft und es mit Kraft verwirklicht. In diesem Sinne gewinnt die Zivilprozeßordnung eine über die erledigten bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten weit hinausragende soziale Bedeutung, der der Gesetzgeber stets eingedenk bleiben möge.

Der weitaus größte Teil der durch die Privatrechtsordnung geschützten Interessen ist wirtschaftlicher Art; die Form des Schutzes, der Zivilprozeß, ist daher zum größten Teil ein Schutz wirtschaftlicher Güter. Sind doch im Jahre 1901 z. B. im Deutschen Reiche neben 2174050 Mahnsachen, 1990397 fast immer vermögensrechtliche Ansprüche verfolgende ordentliche Prozesse, 330323 Wechselprozesse, 5781 andere Urkundenprozesse und 67020 Arrestsachen neben nur 15118 Ehesachen, 330 sog. Kindschaftssachen und 185 landgerichtlichen Klagen in Entmündigungssachen anhängig geworden, während die Zahl der neuen amtsgerichtlichen Entmündigungssachen 11473 betrug. —

Der Schutz eines wirtschaftlichen Gutes, die Möglichkeit seiner Verwertung und Verwirklichung gewinnt aber selbst einen selbständigen wirtschaftlichen Wert. Die leichter einziehbare Forderung wird ein wertvolleres Vermögensobjekt für den Gläubiger darstellen, als der Anspruch, dessen Realisierung noch erst Zeit und Mühe erfordert, ja überhaupt unsicher ist. Selbst wenn diese Realisierung voll gelingt, aber erst nach längerer Zeit, so bilden Verzugszinsen u. dgl. nicht immer einen vollen Gegenwert für den durch den Aufschub entstandenen wirtschaftlichen Nachteil. In der Bewegung für die Kaufmannsgerichte, d. h. für Gerichte zur Entscheidung von Streitigkeiten zwischen Kaufleuten und ihrem Handelspersonal, wird immer darauf hingewiesen, daß dem zu Unrecht entlassenen Kommis nicht damit gedient sei, wenn er nach Wochen und Monaten zu seinem Gelde gelange, da er zunächst aller Mittel entblößt sei und ihm gerade hierdurch die Wiedererlangung einer Stellung empfindlich erschwert werde. Sieht man aber auch von Geldforderungen ab, so bildet die Ungewißheit eines Rechtsverhältnisses oft genug einen hemmenden und darum schädigenden Faktor in den wirtschaftlichen Plänen des Berechtigten wie des Verpflichteten. Eine wirtschaftlich noch so berechtigte Spekulation mit der streitigen Sache ist während des Streites unmöglich; der Kaufmann, gegen den ein Prozeß schwebt, muß für die Befriedigung des Klägers Mittel in Reserve stellen, die dadurch seinem Betriebsfond entzogen werden; ein Streit über die Auslegung der sog. Konkurrenzklausel kann den ausgeschiedenen Sozius, den ausgetretenen Handlungsgehilfen in der Begründung eines eigenen Geschäfts lahm legen; wenn der Prozeß nach Monaten oder gar Jahren entschieden ist, ist die Gelegenheit für immer vorüber. Aber nicht die Entscheidung allein ist es, auf deren Erlangung es ankommt: ihr muß auch eine prompte und wirksame Vollstreckung folgen: das schönste Urteil voller salomonischer Weisheit ist wertlos in der Hand des Gläubigers, wenn der Staat nicht die Mittel gewährt, den in dem Ausspruch liegenden Befehl zu vollziehen. Einfachheit und Raschheit des Verfahrens, Wirksamkeit der Vollstreckung sind die Forderungen, die an eine gute Zivilprozeßordnung vom wirtschaftlichen Standpunkt aus zu stellen sind.

Das Fordern ist freilich auch hier leichter, als das Erfüllen; auch hier kommen Gegeninteressen in Frage, die Berücksichtigung erheischen. Sie heißen bezüglich des Verfahrens:

sorgfältige Feststellung des Tatbestandes, genaue Prüfung der Rechtslage und bezüglich der Vollstreckung: Wahrung des Verhältnisses zwischen den Interessen des Gläubigers und dem öffentlichen Interesse an Erhaltung der wirtschaftlichen Existenz des Schuldners. Die Ausgleichung dieser kollidierenden Interessen im einzelnen auszugestalten, ist Sache der juristischen Technik; an dieser Stelle können nur allgemeine Erwägungen angedeutet werden, die bei Erledigung der juristischen Fragen nicht außer acht gelassen werden dürfen.

Man könnte geneigt sein, die oben (S. 45) besprochene Scheidung zwischen unbefriedigtem und bestrittenem Rechte zu verwerten und für ersteres die schleunigere Erledigung zu fordern, da ja dort von einer Feststellung des Sach- und Rechtspunkts keine Rede sei. Auf dieser Erwägung beruhen bereits eine Reihe prozessualer Einrichtungen: der Urkundenprozeß, das leider aus mannigfachen Gründen in seiner Anwendung immer mehr zurückgehende Mahnverfahren (1881 kamen auf 100 sonstiger Prozesse 174, 1901 nur noch 93 Mahnverfahren) u. dgl. m. Ein wirksames Mittel hat Adolf Wach schon 1887 vorgeschlagen[1]: den Vortermin, d. h. einen mit möglichst kurzer Frist angesetzten Termin, in dem die nicht streitigen Sachen durch Versäumnisurteil, Anerkenntnis, Vergleich usw. erledigt, die streitigen zur eigentlichen Streitverhandlung verwiesen werden. Die österreichische Prozeßordnung hat diesen Gedanken mit bestem Erfolge verwirklicht. Ein dahin zielender Vorschlag der verbündeten Regierungen in dem Entwurfe der Zivilprozeßnovelle von 1898 fand leider nicht die Zustimmung des Reichstags[2]; er wurde durch eine abgekürzte Einlassungsfrist ersetzt (§ 261 Abs. 2 ZPO.), deren Wirkungen keine günstige Beurteilung finden. Neuerdings mehren sich die Freunde des Vortermins[3].

Während sich für die hier fragliche Gattung von Sachen Aussicht auf Verständigung über Mittel und Wege zur Erlangung der erforderlichen Prozeßenergie bietet, scheint das Problem unlösbar bei den wirklichen Streitsachen. Vor kur-

---

[1] So z. B. in der zivilprozessualischen Enquete, Erg.-Heft. zur Ztschr. f. d. Zivilproz. Bd. 11 S. 41.

[2] Vgl. Drucks. d. Reichstags 9. Legislaturper. V. Sess. 1897/98 Nr. 61 S. 112 (Begründung), Nr. 240 S. 90—103 (Kommissionsbericht).

[3] S. neuestens Rausnitz in der Jurist. Wochenschr. 1903 S. 171.

zem äußerte sich ein mit Recht auch wissenschaftlich hochangesehener Berliner Anwalt dahin[1]:

„Streitige Sachen werden infolge übermäßiger Eile nur unrichtig entschieden. Denn die Feststellung eines streitigen Tatbestandes ist schwierig und erfordert Zeit, viel Zeit, mag diese Feststellung durch Parteibetrieb oder Offizialbetrieb geschehen. Zum Beweise berufe ich mich nur auf die oft jahrelang dauernden Voruntersuchungen im Strafprozeß, den darum wohl niemand den Parteien zur Last legen wird."

Gegen diesen Fatalismus möchte ich entschieden Verwahrung einlegen und die „jahrelang dauernde Voruntersuchung" für einen eben solchen Krebsschaden halten, wie eine übermäßige Dauer der Zivilprozesse. Ganz abgesehen davon, daß jeder Beklagte die objektiv zweifelloseste Sache durch Vorbringen erheblicher beweisbedürftiger Einreden zur streitigen machen kann — mag der Beweis mißlingen, Zeit ist immerhin gewonnen —, so sind alle jene wirtschaftlichen Interessen doch ganz unabhängig davon, ob ein Streit entstanden ist oder nicht. Auch der Bürger, dessen Anspruch bestritten ist, hat dasselbe Recht auf möglichst schleunige Staatshilfe, wie der, dem kein streitlustiger Gegner gegenüber steht; die Frage ist nur, was auf diesem Gebiete möglich ist.

Ist denn in der Tat unser Prozeß zu langsam? und wenn ja, ist diese Langsamkeit nicht eine aus dem Wesen des Prozesses folgende Notwendigkeit? Auf diese Fragen wird eine rein empirische Gegenüberstellung zweier Zahlenreihen eine schlagende Antwort geben. Im Deutschen Reiche wird seit 1888 die Dauer der streitigen Prozesse in der einzelnen Instanz von der Anhängigkeit bis zum Urteile gezählt; die letzte veröffentlichte Zahlenreihe ist die von 1901. Eine ähnliche Zählung ist für Österreich im Jahre 1902 vorgenommen. Danach dauerten von allen streitigen Prozessen erster Instanz[2], von dem Beginne bis zum Urteile gerechnet:

---

[1] Ebendaselbst S. 170.

[2] Die Rechtsmittelinstanz in die Vergleichung hineinzuziehen geht nicht an. Infolge des Parteibetriebs bei der Urteilszustellung liegt es im Deutschen Reiche in den Händen der Partei, den Beginn der Rechtsmittelinstanz selbst zu bestimmen. Ferner ist die Berufung in Österreich ganz anders gestaltet; man kennt dort kein Novenrecht; die mündliche Verhandlung greift nicht in allen Fällen Platz.

	Deutsches Reich (1901)		Österreich (1902)			
	Amtsgerichte Prozent		Bezirksgerichte: Bagatellsachen Prozent		Bezirksgerichte: Andere Sachen Prozent	
unter 1 Monat . . } 1—3 Monate . . . }	58,4		81,9	} 97,8	63,6	} 92,0
			15,9		28,4	
3—6 Monate	23,7		1,9		6,3	
6 Mon. bis 1 Jahr	13,6	} 17,9	} 0,3		1,5	} 1,7
1—2 Jahre	3,7				0,2	
über 2 Jahre	0,6				.	

	Landgerichte Prozent		Gerichtshöfe: Wechselprozesse Prozent		Gerichtshöfe: Handelsprozesse Prozent		Gerichtshöfe: Andere Sachen Prozent	
unter 1 Monat . . } 1—3 Monate . . . }	28,2		70,5	} 96,2	2,8	} 70,6	6,8	} 66,2
			25,7		67,8		59,4	
3—6 Monate	27,7		2,9		22,1		24,7	
6 Mon. bis 1 Jahr	26,8	} 44,1	0,9		6,4	} 7,3	7,7	} 9,1
1—2 Jahre	13,1		.		0,6		1,2	
über 2 Jahre	4,2		.		0,3		0,2	

Jene Zahlen allein reden eine Sprache, der gegenüber jeder Widerspruch verstummen muß; tief beschämt müssen wir gestehen: der deutsche Prozeß steht in wirtschaftlicher Hinsicht unermeßlich weit hinter dem österreichischen zurück.

Man hält entgegen: die Schleunigkeit in Österreich sei nur auf Kosten der Gründlichkeit und der juristischen Güte möglich. Es bleibe dahingestellt, inwieweit diese Behauptung zutrifft; ihre Richtigkeit unterliegt erheblichen Zweifeln. Aber nehmen wir einmal an, die österreichischen Urteile könnten sich an Gediegenheit der Begründung, selbst an zweifelloser Richtigkeit der Entscheidung mit den Sprüchen deutscher Gerichte nicht überall messen. Auch unter dieser Voraussetzung mag die freimütige Erklärung ketzerisch erscheinen, sie bleibt aber darum doch wahr: in unzähligen Fällen ist die Gewißheit des Rechts, die Möglichkeit des Vollzugs den Parteien wirtschaftlich unendlich viel mehr wert, als die absolute Güte des Urteils[1]. Es ist dieselbe einseitig juristische Betrachtungsweise, die im Strafprozesse, um die höchste Güte und Gerechtigkeit zu erreichen, den Staat in seiner repressiven Aufgabe gegenüber dem

[1] Treffende Ausführungen bei Klein, Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse S. 26f.

Verbrechertume lähmt und einengt. Fehlbar sind alle Menschen, unrichtige Urteile kommen auch bei dem gründlichsten Verfahren vor; es handelt sich nicht darum, ob man die Garantien der Gerechtigkeit überhaupt beseitigen will, sondern ihre Bemessung ist eine quantitative Frage. Und dabei tritt gebieterisch die Forderung beschleunigter Rechtssicherheit als eines Gutes von höchstem wirtschaftlichem Werte neben die ideelle Forderung der Gründlichkeit. Es gilt hier wie überall in der Gesetzgebungspolitik die mittlere Linie zwischen jenen Bestrebungen zu ziehen.

Fragen wir uns, wodurch die österreichische Prozeßordnung jener wirtschaftlichen Aufgabe in so hohem Maße gerecht wird, so sind es zwei Mittel oder eigentlich eines in doppelter Anwendung: die Einschränkung der Parteiverfügung über den Prozeß und die ausgedehnte Befugnis des Richters zur Wahrheitsermittelung; die bei uns vielfach wieder geforderte[1] Eventualmaxime gilt dagegen im österreichischen Prozesse nicht, auch dort ist neues Vorbringen noch im letzten Termine zulässig[2]. Daneben die tatsächliche Übung einer Reihe kleinerer Mittel (Teilurteile, Zwischenurteile, Konzentration der Beweisanordnung, Beweiserhebung vor dem Gerichte statt durch Rechtshilfe u. dgl.), die unsere Prozeßordnung auch schon kennt, aber die Praxis leider viel zu spärlich anwendet.

Den heftigen Streit über den Hauptmangel unseres Prozesses, das Vertagungsunwesen, gründlich zu erörtern, führt weit ab von dem Gegenstande dieses Aufsatzes[3]. Es sei aber darauf hingewiesen, daß die stete Wiederholung der Termine einen auch vom wirtschaftlichen Standpunkt aus kaum erträglichen Kräfteverbrauch darstellt. Die Gründe der Vertagungen zu prüfen, fehlt leider die Unterlage. Es ist nicht zu bezweifeln, daß es begründete und unbegründete Vertagungen gibt; die letzteren zu beseitigen bemüht sich seit der Aufrüttelung der Gewissen durch die Erörterungen des Juristentags allerorten die Praxis unter anerkennenswerter Mitwirkung des Anwaltstandes. Aber auch die nach dem geltenden Prozesse nötigen Vertagungen sind wirtschaftlich ein Übel, dessen Beseitigung durch Beseitigung ihrer Ursachen dringend wünschenswert, ja notwendig ist. Sie beruhen zum Teil auf personellen Gründen

---

[1] Vgl. z. B. Lenzmann, Jurist. Wochnschr. 1902 S. 416 ff.

[2] § 179 österr. ZPO.

[3] Vgl. neuerdings den Aufsatz „Prozeßverschleppungen" in den Grenzboten 1903 Heft 35 und 36.

(unzureichendes Richterpersonal, Überlastung einzelner Anwälte), sie beruhen vor allem darauf, daß der Prozeßstoff nicht genügend zur Verhandlung herbeigeschafft ist, und insbesondere auf der Notwendigkeit der Informationseinholung über neues Vorbringen. Daher muß für ausreichendes Richterpersonal gesorgt, es muß das Pflichtgefühl der Anwälte geschärft werden, daß sie nicht mehr Sachen annehmen, als sie ordnungsmäßig zu erledigen vermögen, vor allem aber muß die Konzentration der Verhandlung erstrebt und — wie Österreichs Beispiel zeigt — erreicht werden durch ein intensives Prozeßleitungsrecht des Richters[1]. Wenn in einem jüngst erschienenen lesenswerten Schriftchen Schneiders[2] ein Amtsgerichtsprozeß aktenmäßig geschildert wird, in dem vom 2. Dezember 1901 in 17 Terminen bis zum 20. November 1902 nicht eine Entscheidung ergangen war, wenn man leider eingestehen muß, daß solche Beispiele nicht vereinzelt sind, dann darf man es rückhaltlos aussprechen: Unser Prozeß, namentlich unser Amtsgerichtsprozeß, wird seiner wirtschaftlichen Aufgabe nicht gerecht. Abhilfe ist nach meiner bestimmten, durch eigene Praxis und jahrelange Beobachtung feststehenden Überzeugung nur durch Stärkung der Prozeßleitungsmacht des Richters und durch eine schärfere Betonung seiner Prozeßleitungspflicht zu erreichen.

Der zweite Punkt, bei dem die Kollision der aus wirtschaftlichen Gründen zu fordernden Prozeßenergie mit dem Rechte des Schuldners hervortritt, ist die Zulassung der Rechtsmittel und die Wirkung ihrer Einlegung. Die Frage, ob gegenüber Versäumnisurteilen der an keine materiellen Voraussetzungen gebundene Einspruch des deutschen Prozesses oder die Entschuldbarkeit voraussetzende österreichische Wiedereinsetzung in den vorigen Stand den Vorzug verdient, bleibe dahingestellt; auch für das deutsche System sprechen gute Gründe. Im übrigen sind die Rechtsmittel aber in hohem Maße geeignet, die Energie des Prozesses zu lähmen. Die deutsche Prozeßordnung in ihrer ursprünglichen Gestalt hatte in der Einrichtung der vorläufigen Vollstreckbarkeit einen ausgezeichneten Mittelweg gefunden, der vor dem österreichischen

[1] S. über die der österreichischen Praxis zu Grunde liegenden Einrichtungen und ihre Ausnutzung die ausgezeichneten Darlegungen in Klein, Vorlesungen über die Praxis des Zivilprozesses (Wien 1900) S. 57 ff.

[2] Schneider, Treu und Glauben im Zivilprozeß (1903) S. 31 f.

Sicherungsverfahren[1] unbedingt den Vorrang verdiente. Leider hat die Prozeßnovelle von 1898 durch eine unbedingte Schadensersatzpflicht im Falle späterer Abänderung des vollstreckten Urteils (§ 717 Abs. 2) jener Einrichtung die Praktikabilität genommen. Der Grund: wer einer Befugnis sich bediene, die außerhalb des gewöhnlichen Ganges des Verfahrens liege, müsse die damit verknüpften Folgen tragen[2], paßt für den Arrest, aber nicht für das Urteil; er zeigt wiederum ein bedauerliches Überwiegen der juristischen Beurteilung über die Einsicht in das Wesen der wirtschaftlichen Aufgaben des Zivilprozesses.

Die Anpassung des Prozesses an die sozialen und wirtschaftlichen Aufgaben des Staates wird am schwierigsten in der Vollstreckungsinstanz. Auch in Österreich wird anerkannt, daß die Exekutionsordnung noch nicht zu einer befriedigenden Praxis geführt habe[3]. Während es bei den anderen bisher erörterten Problemen galt, den Ausgleich zwischen Interessen verschiedener Art und Natur zu finden, steht hier das öffentliche Interesse an der wirtschaftlichen Existenz des Gläubigers dem genau gleichen Interesse an dem Schuldner gegenüber. Dieselbe Einseitigkeit, die im Strafprozesse dem Beschuldigten ein Schutzmittel nach dem anderen in die Hand gibt und nicht bedenkt, daß auch die strafverfolgende Staatsgewalt ein gutes Recht geltend macht, — dieselbe gesetzgebungspolitische Sentimentalität nimmt sich hier des bedrängten und bedrückten armen Schuldners an. Daß es auch böswillige Schuldner gibt, daß von Klägern auch Forderungen verfolgt werden, deren Beitreibung für den Gläubiger eine Lebensfrage ist, während sie den Schuldner nicht schädigt, das wird oft genug übersehen. Gewiß soll dem Schuldner ein Existenzminimum verbleiben; aber schon werden Zweifel laut, ob die Zivilprozeßordnung es in den §§ 811, 850 nicht zu reichlich bemessen habe. Der Exekutionsbetrieb aber muß drei Anforderungen genügen: er muß energisch, er muß objektiv gerecht und er muß wirtschaftlich rationell sein. In den beiden ersten Beziehungen hat die in den größeren Bundesstaaten allmählich vorgenommene Umwandlung des Privatbetriebs der Exekution durch Beauftragte des Gläubigers in Staatsbetrieb durch nur

---

[1] S. §§ 370—377 der österreichischen Exekutionsordnung.
[2] Drucks. d. Reichst. 9. Legislaturperiode V. Sess. Nr. 61 S. 146.
[3] Klein, Vorlesungen S. 16 ff.

vom Staate abhängige Beamte nach Beseitigung der Übergangsschwierigkeiten nur klargelegt, welch schwere Mißstände mit dem frühern Systeme verbunden gewesen sind; der Segen der Änderung wird auch in Preußen mehr und mehr empfunden. Ein noch ungelöstes Problem bleibt es aber, zu verhüten, daß die Zwangsvollstreckung zur Zerstörung wirtschaftlicher Werte ohne Ausgleich führt, namentlich zur Verschleuderung der gepfändeten Gegenstände. Auch hier wird wohl ein stärkeres Eingreifen amtlicher Tätigkeit (staatliche Versteigerungsräume, wie z. B. in Hamburg und in Dresden) die Lösung bringen.

Die wirtschaftliche Bedeutung des Prozesses wird endlich empfindlich beeinträchtigt, wenn die Erlangung der Rechtsgewißheit oder des Rechtszwanges mit Aufwendungen verbunden ist, die zu dem erstrebten Zwecke nicht im Verhältnis stehen. Die sozialdemokratische Forderung der unentgeltlichen Rechtspflege ist nicht nur theoretisch unhaltbar, sondern ihre Erfüllung würde auch praktisch zu einer Häufung der Prozesse und gerade der unbegründetsten führen, die auf das Empfindlichste die Rechtssicherheit und die wirtschaftlichen Interessen stören würden. Auf der andern Seite ist nicht zu vergessen, daß die Einrichtung des Zivilprozesses nicht nur für die beiden Parteien da ist, sondern daß ihre Existenz präventiv zum Schutze der allgemeinen Rechtssicherheit wirkt. Der Grundgedanke unserer Gesetzgebung, eine Teilung des Rechtspflegeaufwandes zwischen Staat und Beteiligten, ist daher durchaus gesund. Die Frage, ob im positiven Rechte das Richtige getroffen sei, kann verschieden beurteilt werden. Irrig ist die Annahme, daß die Prozeßrechtspflege sich selbst erhalte; auch sie fordert Staatszuschuß. Eine vor kurzem aufgestellte Berechnung hat im ganzen ergeben, daß in Preußen die Justizverwaltung rund 145 Millionen Mark Ausgaben bei 69 Millionen eigenen Einnahmen hat, daß somit der Zuschuß aus allgemeinen Staatsmitteln etwa 76 Millionen Mark oder 52% beträgt[1]. Kein Finanzminister wird gern in eine Erhöhung dieses Zuschusses durch Verminderung der Kosten willigen. Ersparnisse an der einen Stelle gestatten aber Verminderung der Einnahmen an der andern. Vereinfachung des Prozesses führt natürlich auch zur Verbilligung. Vor allem ist eine wahre Verschwendung das

[1] Vgl. den oben S. 44 Anm. 1 angeführten Verwaltungsbericht. S. 116 f. Näheres in der Denkschrift Nr. 36 der Drucks. d. Preuß. Abg.Haus. 19. Legisl. Per. IV. Sess. 1902 S. 4—18.

Übermaß teurer Richterkräfte, wie sie in der Ausdehnung des Kollegialprozesses und in der überstarken Besetzung der Gerichte in der Rechtsmittelinstanz sowie der der Strafkammern erster Instanz, in deren fünf Richtern in keiner Weise eine wirksame Garantie für größere Güte der Rechtspflege zu erblicken ist, endlich auch in dem Bestehen zahlreicher, kaum lebensfähiger ganz kleiner Amtsgerichte hervortritt. Würde man hier organisatorisch eingreifen, so könnten Hunderttausende verfügbar werden zu einer Ermäßigung der Gerichtskosten in Zivilprozessen und in der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Eine andere Frage ist, ob nicht das System der Kostenberechnung, namentlich der Ansatz der Auslagen, zu einer unbilligen Belastung der kleinern Streitgegenstände führt. Auch hier wie hinsichtlich der Anwaltskosten kann auf Einzelheiten nicht eingegangen werden; es muß genügen, auch auf diese Seite der wirtschaftlichen Bedeutung des Prozeßwesens hinzuweisen.

Am Schlusse dieser Betrachtungen, die der Natur der Sache nach mehr schon anderwärts Gesagtes zusammenfassen, als Neues bringen konnten und sollten, dürfte ein Einwand erhoben werden, dem jeder Kritiker ausgesetzt ist: Wo sind die Vorschläge zu positiver Änderung? Allein die Fragen der Reform sind ohne Eindringen in die formal juristische Seite der Prozeßeinrichtungen nicht ersprießlich zu behandeln; fast jede einzelne würde mehr Raum fordern, als hier zu Gebote stände. Was diese Ausführungen bezwecken, ist ein doppeltes: darzulegen, daß die Reform des Zivilprozesses keine Zunftangelegenheit der Juristen, sondern daß sie eine wichtige Aufgabe der allgemeinen Politik ist, daß an ihrer Lösung nicht die Rechtswissenschaft allein, sondern die Staatswissenschaften überhaupt mitarbeiten müssen. Ferner sollte gegenüber der — fast könnte man sagen erschreckenden — Einseitigkeit, mit der oft die juristische Literatur Lebensfragen des Rechtsstaates behandelt, auf einige Erwägungen hingewiesen werden, ohne deren Berücksichtigung die Lösung des Problems nicht denkbar ist.

Mit der Beachtung der sozialen und wirtschaftlichen Momente, die für unsern Zivilprozeß von Bedeutung sind, ist's freilich allein noch nicht getan. Schwartz hat, wie bereits erwähnt (S. 42, in seiner Schrift über die Zivilprozeßreform[1]), die „Hinein-

[1] S. 179. Vgl. aber auch die feinsinnigen Bemerkungen von K. Schneider,

legung des ethischen Momentes in den Prozeß" gefordert. Nur auf solch umfassender Grundlage kann die große Aufgabe gelingen.

Ob sie gelingt? wer wagt es zu behaupten? Klein, der geniale Schöpfer der österreichischen Zivilprozeßordnung, hat bei der glänzenden Rede, mit der er den Entwurf im österreichischen Abgeordnetenhause einführte[1], darauf aufmerksam gemacht, daß die Bewegung in der Prozeßrechtsentwickelung nicht eine organische Entwickelung sei, sondern sich im Aufrütteln, Umsturz und dann wieder in allmählichem Versinken in erstarrende Formen vollziehe. Auch die Geschichte der preußischen Prozeßgesetzgebung seit 200 Jahren gibt hierfür lehrreiche Belege. Vielleicht befinden wir uns in einer solchen Periode der Erstarrung nach dem Aufschwunge der Reichsjustizgesetze von 1877. Vielleicht führt aber auch die außerordentliche und rasche Wandelung in den Auffassungen über die Gesetzgebungspolitik, wie sie sich zwischen dem Jahre 1877 und der Wende des Jahrhunderts vollzogen hat, zu einem neuen baldigen Aufrütteln. Möge dann dieses Erwachen die berufenen Kreise gerüstet finden, gerüstet zu einer Gesetzgebung, deren Ziel die Allgemeine Preußische Gerichtsordnung (§ 9 der Einleitung) in ihrer nüchternen Ausdrucksweise und doch mit dem ganzen Scharfblicke der größten preußischen Rechtsepoche nach der sozialen und nach der wirtschaftlichen Seite dahin kennzeichnet:

> „Das allgemeine Beste erfordert es, daß die Prozesse, soweit es ohne Nachteil der Rechte der Parteien geschehen kann, abgekürzt, und die Kosten dabei möglichst gespart werden."

Treu und Glauben im Zivilprozeß und der Streit um die Prozeßleitung. München 1903.

[1] Sitzung vom 14. Nov. 1894; Stenogr. Prot. S. 15605.



BETRACHTUNGEN ÜBER DIE EIGENTÜMERHYPOTHEK.



Von WILHELM KINDEL,
SENATSPRÄSIDENTEN BEIM KAMMERGERICHT
ZU BERLIN.



§ 1. Die verschiedenen Auffassungen der Eigentümerhypothek in der Theorie.

Der Begriff der Eigentümerhypothek ist einer der wichtigsten des ganzen Sachenrechts. Seine Bedeutung beschränkt sich nicht auf die Rechtsmaterien, welche von ihm unmittelbar umfaßt werden sollen. Die Rechtsanschauungen, welche zu seiner Erklärung aufgestellt sind, durchziehen vielmehr das gesamte Sachenrecht. Auf dem Gebiete der Eigentümerhypothek sind die Ideen entstanden, daß der Eigentümer außer seinem vollständigen Rechte an der Sache noch ein unvollständiges haben könne (Recht an der eigenen Sache[1]), daß ein Pfandrecht (eine Sachhaftung und ein Sicherungsmittel) ohne eine Forderung (ein zu sicherndes Recht[2]) denkbar sei, daß es auch Rechte an einem leeren Raume (an einem Nichts) gebe[3]. Hinsichtlich dieser Ideen ist noch nicht klar, ob sie die Theorie des Sachenrechts zu einer neuen Blüte führen, oder ob sie es zerstören werden. Jedem dieser Sätze tritt in der schärfsten Weise ein Ausspruch der römischen Juristen entgegen. Und wenn auch zuzugeben ist, daß wir das Recht nach den Bedürfnissen der Gegenwart zu bilden haben, so bleibt es doch bedenklich, daß die Aussprüche der römischen Juristen klar und logisch sind, während sich dies zur Zeit von den neuen Ideen noch nicht behaupten läßt.

a) Die Eigentümerhypothek wird zunächst für eine wirkliche Hypothek angesehen. Dieser Ansicht scheint sich das BGB. anzuschließen, denn in den §§ 1163, 1167, 1168, 1170, 1172, 1173, 1174, 1175 wird davon gesprochen, daß die Hypothek dem Eigentümer zustehe, daß er sie erwerbe. Von vielen

[1] Nulli res sua servit. l. 26 D. 8. 2.
[2] Neque pignus rei suae consistere potest. l. 45 D. 50. 17.
[3] ... fundus hypothecae datus ... totus obligabitur. l. 16 D. 20. 1, propter indivisam pignoris causam l. 65 D. 21. 2.

Schriftstellern wird diese Ansicht geteilt[1]. Trotzdem ist sie bedenklich. Die Hypothek ist ein durch die Grundstückshaftung (Sachhaftung) und die persönliche Haftung gesichertes Forderungsrecht. Der Eigentümer aber kann keine Forderung gegen sich selbst haben, ein nicht existierendes Forderungsrecht vermag er durch die Haftung seines eigenen Grundstücks oder seines eigenen Vermögens nicht zu sichern. Selbst die Definition des § 1113 steht der unrömischen Ansicht entgegen. Die Eigentümerhypothek belastet das Grundstück nicht, sondern entlastet dasselbe. Ihr fehlt die Forderung, zu deren Befriedigung die Hypothek dienen soll. Die Ansicht, daß die Eigentümerhypothek eine wirkliche Hypothek sei, ist daher schon jetzt von der Mehrzahl der Schriftsteller aufgegeben[2].

b) Die Eigentümerhypothek wird vielfach als eine wirkliche Realobligation (Grundschuld) bezeichnet[3]. Auch dieser Ansicht scheint sich das BGB. anzuschließen, denn nach § 1177 soll die Hypothek in der Hand des Eigentümers bald zur Grundschuld, bald zur Hypothek sich gestalten. Der Begriff der Realobligation jedoch erklärt nichts, da er selbst erst der Erklärung bedarf. Zu den vielen Unbegreiflichkeiten fügt er die fernere hinzu, daß eine Sachhaftung ohne zu sichernde Forderung gedacht werden muß. Faßt man aber den Begriff der Realobligation in klarerer Weise dahin auf, daß sie ein allein durch die Sachhaftung gesichertes Forderungsrecht ist[4], so ergibt sich, daß der Eigentümer auch kein durch die Haftung seines Grundstücks gesichertes Forderungsrecht gegen sich selbst haben kann.

c) Da die Ansicht, daß die Eigentümerhypothek eine wirkliche Hypothek, eine wirkliche Grundschuld sei, unhaltbar ist, wird sie als Fiktion bezeichnet. Demgemäß müßte der Eigentümer so behandelt werden, als habe er eine Hypothek. Dies ist aber in den meisten Beziehungen unzutreffend. Dem Eigentümer fehlt gerade das Hauptrecht des wirklichen Hypotheken-

---

[1] Planck, III. S. 587. Fuchs, S. 520.
[2] Oberneck, Eig.-Hyp. S. 7. Staudinger, III. 267. Puntschart, der Grundschuldbegriff S. 63. Goldmann-Lilienthal, S. 518. Turnau, S 748 usw.
[3] So schon v. d. Hagen, die Hyp. des Eig. S. 86, insbesondere aber Koch.
[4] Beispiele für ein derartiges Forderungsrecht sind aus dem Seerechte zu entnehmen.

gläubigers, das Grundstück behufs Befriedigung wegen seiner Forderung zur Subhastation zu stellen.

Das preußische Obertribunal sprach von einer ruhenden Hypothek. Jedoch ist der Begriff der ruhenden Hypothek unklar geblieben. Er hat höchstens den Wert einer Fiktion. Dazu kommt, daß von ruhenden Rechten füglich nicht die Rede sein kann. Denn die in dem Begriffe der Eigentümerhypothek zusammengefaßten Rechte sind aktuelle Rechte. In jedem Augenblicke kann der Eigentümer zedieren, sich die Hypothek beim Verkaufe des Grundstücks vorbehalten. Sein etwaiges Recht, die Post im Kaufgelderbelegungstermin zu liquidieren, ist nur davon abhängig, daß das Grundstück zur Subhastation gestellt wird. Was aber die Forderung, die Sachhaftung und Vermögenshaftung betrifft, so sind sie in der Hand des Eigentümers überhaupt nicht vorhanden. Auch das Reichsgericht[1] hat sich daher mit Recht dahin ausgesprochen, daß die vom Obertribunal aufgestellte Fiktion mindestens eine volle Rechtswahrheit nicht enthalte und wesentlichen Einschränkungen unterliege. Eine in vielen Fällen nicht zur Anwendung kommende Fiktion nutzt aber der Praxis nichts, da die Fälle, in denen sie zur Anwendung kommen soll, doch erst von ihr festgestellt werden müssen.

d) Auch in neuerer Zeit hat man wieder zur Lokus- oder Wertparzellentheorie zurückgegriffen[2], trotzdem sie in den Motiven zu allen preußischen Gesetzen, auch in den Motiven[3] zum BGB., ferner in den Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe[4] stets abgelehnt ist. Der Eigentümerhypothekar soll ein Recht an einem leeren Raume, an einer Wertparzelle haben. Jedoch ist das Recht an einem leeren Raume das Recht an einem Nichts, und auch eine Wertparzelle gibt es nicht. Es liegt höchstens ein figürlicher Ausdruck vor, der nichts erklärt. Allenfalls könnte man vielleicht dem wahren Hypothekengläubiger ein Recht an seiner Stelle zuschreiben. Denn er hat das Recht, das Grundstück zu verkaufen bezw. verkaufen zu lassen, und sich gemäß seines Ranges einen betreffenden Teil der Kaufgelder anzueignen. Der Eigentümer aber hat das Recht, das Grundstück zu verkaufen, und sich den ganzen

---

1 Bd. 5. S. 328.
2 Vgl. die geistreiche Schrift von Oberneck, Die Eigentümerhypothek.
3 Mot. S. 736.
4 Z. B. Entsch. des RG. Bd. 3 S. 288.

Kaufpreis anzueignen, wobei nur die Rechte seiner Pfandgläubiger vorbehalten werden.

Die hergebrachte Auffassung, daß das Pfandrecht die ganze Sache ergreife, ist nicht so ohne weiteres aufzugeben. Die entgegengesetzte Ansicht ist weder durchgeführt noch durchführbar. Hätte der Hypothekengläubiger nur ein Recht an der Stelle, so könnte er auch durch die Löschung eines vorgehenden Gläubigers von Gesetzes wegen nicht mehr erlangen, es bedürfte eines neuen Vertrages. Außerdem erhalten gerade die unpraktischen Entscheidungen durch die bekämpfte Theorie eine neue Stütze, wie sich später ergeben wird.

Daß das BGB. selbst gegen die Ausführungen der Motive die Wertparzellentheorie eingeführt haben sollte, ist schwer zu glauben. Nach § 1113 wird das Grundstück belastet, und die schon den Römern bekannte Rangordnung der Pfandrechte und das Spezialitätsprinzip, auf welche sich Oberneck beruft, haben mit der vorliegenden Frage nichts zu tun.

§ 2. Entwicklung der eigenen Auffassung, Abtretungs- und Vorbehaltsrecht, Stellung zum positiven Gesetz.

a) Daß der Eigentümer an seinem eigenen Grundstücke eine wirkliche Hypothek, eine wirkliche Grundschuld haben soll, widerspricht den Gesetzen der Logik wie den Prinzipien des Zivilrechts. Dagegen entspricht es dem Begriffe des Eigentums und des ihn belastenden Rechts überhaupt, daß sich die Befugnisse zum Teil decken. Das Eigentum besteht aus der Fülle der Befugnisse, die eine Person über die Sache haben kann, das belastende Recht umfaßt einzelne aus der Fülle des Eigentums abgesonderte Befugnisse. Der Eigentümer, welcher eine Dienstbarkeit bestellt, tritt beschränkte Nutzungsrechte ab, indem er sich die Ausübung derselben nur soweit vorbehält, als dies dem Erwerber unschädlich ist. Indem er sich verpflichtet, die Ausübung des Nutzungsrechts seitens eines anderen zu dulden, konstituiert er die Dienstbarkeit. Auch der Eigentümer vermag es nicht, aus dem Nichts etwas zu schaffen. Bei Beendigung der Dienstbarkeit treten die abgesonderten Befugnisse in das Eigentum zurück, und indem so die Duldungspflicht des Eigentümers fortfällt, wird die Dienstbarkeit aufgehoben[1].

[1] Extingui usumfructum et ad proprietatem reverti. l. 3 D. 7. 1.

Der Eigentümer, welcher eine Hypothek bestellt, sondert aus der Fülle seines Eigentums ein beschränktes Verkaufsrecht ab, indem er sich das Verkaufsrecht nur soweit vorbehält, als es dem Hypothekengläubiger unschädlich ist. Indem er das ausgeschiedene Verkaufsrecht mit einer Forderung verbindet und sich verpflichtet, seine Ausübung zu dulden, konstituiert er die Hypothek. Bei Aufhebung der Hypothek tritt das Verkaufsrecht in das Eigentum zurück. Es ist selbstverständlich, daß die Befugnisse durch die Absonderung Beschränkungen und Modalitäten annehmen, die sie bei der Rückkehr in das Eigentum ablegen.

Das moderne Recht hat ein Mittel, die in das Eigentum zurückkehrenden Rechte besonders kenntlich zu machen und auf die Dauer[1] gegen das Vorrücken der nacheingetragenen Gläubiger zu schützen. Dies ist die Eintragung. Die gedachte Wirkung kann die Eintragung auch dann haben, wenn die bestellte Hypothek ungültig ist. Dem Eigentümer werden die zur Bildung einer wirklichen Hypothek notwendigen Befugnisse gegenüber den nacheinzutragenden Gläubigern vorbehalten.

Hiernach ist die Eigentümerhypothek die Summe der Befugnisse, welche aus einer aufgehobenen, aber nicht gelöschten Hypothek in das Eigentum zurückgekehrt sind, aus einer eingetragenen, aber nicht gültigen Hypothek beim Eigentümer zurückgeblieben sind und dem Eigentümer gegen die nacheingetragenen Gläubiger durch die Eintragung erhalten werden. Sie ist ein Recht des Eigentümers[2] und alles eher als eine wirkliche Hypothek. Zur wirklichen Hypothek wird sie erst wieder durch die Abtretung oder die Zurückbehaltung bei Aufgabe des Eigentums.

b) Der Eigentümerhypothekar hat zunächst das Recht, die in sein Eigentum zurückgekehrten Rechte zu zedieren. Indem er dies tut, scheidet er dieselben wieder aus seinem Eigentume aus und verpflichtet sich, die Ausübung derselben seitens eines

---

[1] Hierin liegt der Unterschied gegen das römische Recht. Nach römischem Rechte konnte der Eigentümer nur auf Grund besonderer Abrede die Priorität eines abgefundenen Gläubigers auf einen neuen Darleiher übertragen.

[2] Die Ausführung, daß die Eigentümerhypothek ein Recht des Eigentümers sei, ist u. E. der wertvollste Teil der Schrift von v. d. Hagen. (S. 40.) Leider hat er sie nicht festgehalten, indem er zwischen ihr und den Theorien von der Realobligation und der Wertparzelle schwankt. Der Verfasser hat die entwickelte Theorie schon nach früherem Recht verteidigt. (Recht an der Sache S. 210, ferner Gruchot, Bd. 20 S. 131.)

Dritten zu dulden. Es liegt ganz in seinem Belieben, ob er sie als Hypothek oder als Grundschuld abtreten will, ob er eine neue persönliche Verbindlichkeit übernimmt oder nicht. Die für ihn eingetragene Hypothek kann der Eigentümer in eine Grundschuld und ebenso die Grundschuld in eine Hypothek verwandeln. Die Frage, ob bei der Zession die ursprüngliche Schuld des Eigentümers wieder auflebt, war nach altem Rechte kontrovers. Das Obertribunal und das Reichsgericht hätten sie nach der von ihnen befolgten Theorie von der ruhenden Obligation bejahen müssen, denn durch die Zession müßte die Obligation aus ihrer Ruhe geweckt werden. Jedoch hat das Reichsgericht die Theorie für trügerisch erklärt und die Frage in Übereinstimmung mit dem Obertribunal verneint[1]. Dieser Ansicht wird auch nach dem BGB. zu folgen sein, zumal dieses die Eigentümerhypothek in der Regel für eine Grundschuld ansieht. Der Eigentümer, welcher die Hypothek verkauft, wird als Verkäufer nur regreßpflichtig sein. Einen Unterschied dürfte es auch kaum machen, wenn er die Hypothek als solche oder sogar unter dem Bemerken zediert, daß sie sich zunächst in eine Grundschuld und dann wieder in eine Hypothek verwandelt habe. Die ursprüngliche Obligation lebt dadurch noch nicht wieder auf. Der zedierende Eigentümer erzeugt, abgesehen von seiner Regreßverpflichtung, nur ein durch die Sachhaftung gedecktes Forderungsrecht. Dagegen ist es unzweifelhaft, daß die Beteiligten ein neues Rechtsgeschäft verabreden, z. B. vereinbaren können, daß der Eigentümer für die ihm gezahlte Valuta als Darlehnsschuldner haften solle.

Der Eigentümer kann sein Abtretungsrecht auch dadurch ausüben, daß er die auf den ursprünglichen Gläubiger noch eingetragene Hypothek direkt auf den neuen Erwerber umschreiben läßt. Es dürfte genügen, wenn er die Zession des ursprünglichen Gläubigers, dessen Quittung oder Anerkenntnis und seine eigene Bewilligung der Umschreibung an den neuen Erwerber vorlegt[2]. Denn dann ergibt sich in jedem Falle, daß

[1] Pr. 1385. RG. Entsch. 5. S. 328.

[2] Dieser Ansicht sind fast alle Schriftsteller (ausgenommen Achilles-Strecker), auch das Kammergericht (J. B. Bd. 20 S. 190 Bd. 22 S. 172), das letztere allerdings aus dem bedenklichen Grunde, daß der Eigentümer schon eventuell eingetragen sei. Wir möchten eher annehmen, daß der § 40 GBO. überhaupt nur verlangt, daß derjenige eingetragen ist, von dem der Erwerber sein Recht direkt oder indirekt urkundlich herleitet, zumal der § 873 BGB. auch die Verfügungen nicht eingetragener Berechtigten

der eingetragene Gläubiger ihn zur Verfügung ermächtigt hat. Jedenfalls könnten der ursprüngliche Gläubiger, der Eigentümer und der neue Erwerber die Sache aufs einfachste dadurch regeln, daß der ursprüngliche Gläubiger die Umschreibung der Buchhypothek sofort auf den Namen des neuen Erwerbers bewilligt oder ihm die Briefhypothek schriftlich unter Übergabe des Briefes abtritt.

Frage bleibt allerdings, ob der Eigentümer den eingetragenen Gläubiger zwingen kann, direkt an den neuen Erwerber zu zedieren. Der § 63 des preußischen Erwerbsgesetzes ordnete dies ausdrücklich an. Eigentlich dürfte es selbstverständlich sein. Denn der Eigentümer, der mit dem Erwerber ausmacht, daß die Hypothek sofort auf seinen Namen umgeschrieben werden solle, tritt ihm seinen Anspruch auf Umschreibung ab. Die Rechtsstellung des ursprünglichen Gläubigers wird dadurch in keiner Weise erschwert. Es wäre nur Schikane, wenn er die direkte Zession oder die Umschreibungsbewilligung an den neuen Erwerber verweigern wollte. Dadurch, daß das BGB. eine selbstverständliche Bestimmung fortläßt, wird sie nicht aufgehoben[1]. Jedenfalls wird kein Prozeßrichter die direkt erfolgte Umschreibung oder Zession für ungiltig erachten. Materiell dagegen wird sie stets so zu beurteilen sein, als wäre die Hypothek des ursprünglichen Gläubigers aufgehoben, und als wären die hypothekarischen Rechte in das Eigentum zurückgekehrt und von neuem abgetreten.

c) Der Eigentümer kann ferner bei der Veräußerung des Grundstücks die in sein Eigentum zurückgekehrten oder aus demselben noch nicht ausgeschiedenen hypothekarischen Rechte sich vorbehalten. Indem er dies tut, verwandelt er dieselben nach seinem Belieben in eine wirkliche Hypothek oder eine wirkliche Grundschuld. Verkauft der Eigentümer das Grund-

---

anerkennt. Dagegen können u. E. Belastungen (Verpfändungen und Pfändungen) erst eingetragen werden, wenn das zu belastende Recht eingetragen ist. (Abweichend das KG. aus dem hervorgehobenen bedenklichen Grunde (J. B. Bd. 22 S. 272, richtiger wohl OLG. Dresden, Rspr. 2 S. 152).

[1] Trotzdem scheint sich die gegenteilige Ansicht befestigen zu wollen. Mittelstein S. 139. Durch dieselbe würde nichts geschaffen als eine nutzlose Erschwerung des Verkehrs. Das Kammergericht hat, indem es der von uns bekämpften Meinung folgt, angenommen, die Abrede, daß der Gläubiger verpflichtet sei, an einen dritten zu zedieren, sei nicht eintragungsfähig (RJA. 1 S. 165 JB. Bd. 20 S. 308). Dieser vielfach angegriffenen Entscheidung vermögen wir nur aus dem abweichenden Grunde beizutreten, weil sich die Klausel von selbst versteht.

stück, und übernimmt der Käufer die Hypothek auf das Kaufgeld, so wird kein Zweifel sein, daß eine Hypothek entstanden ist, da und so weit der Käufer für die Zahlung der Kaufgelder auch mit seinem Vermögen haften soll. Freilich können die Kontrahenten auch ausmachen, daß der Käufer nur als Grundschuldschuldner hafte, und die Vermögenshaftung fortfalle. Verschenkt der Eigentümer ein Grundstück, auf dem ihm eine Eigentümerhypothek zusteht, so wird in der Regel kaum anzunehmen sein, daß der Beschenkte für Zahlung derselben mit seinem Vermögen haften solle. Die Präsumtion wird daher mehr für die Entstehung einer Grundschuld ohne Vermögenshaftung des Beschenkten sprechen. Ebenso wird zu entscheiden sein, wenn ein Eigentümerhypothekar sein Grundstück vermacht. Dem Erben wird präsumtiv eine Grundschuld ohne Vermögenshaftung an dem nunmehr dem Vermächtnisnehmer gehörigen Grundstücke zustehen. Ein Grund, den Beschenkten oder den Vermächtnisnehmer aus der Annahme des Geschenks oder des Vermächtnisses mit seinem Vermögen haftbar zu machen, liegt nicht vor.

Aber der veräußernde Eigentümer braucht sich die hypothekarischen Rechte nicht vorzubehalten. Trotzdem er die Hypothek stehen läßt, kann er verpflichtet sein, dieselbe zur Löschung zu bringen. In diesem Falle erwirbt er weder eine Hypothek noch eine Grundschuld. Ihm steht infolge der Lehre vom Glauben des Grundbuchs nur eine Verfügungsmacht dahin zu, daß er zugunsten gutgläubiger Erwerber so verfügen kann, als wäre er berechtigt. Auch seine Gläubiger vermögen daher seine Rechte nicht mit Erfolg zu pfänden. Die bekämpften Theorien müssen sich für den gedachten Fall damit behelfen, daß sie die Hypothek zwar entstehen lassen, aber durch Einreden wieder entkräften[1]. In Wahrheit ergibt sich aber daraus, daß eine Hypothek in der Hand des Eigentümers gar nicht existiert.

d) Unserer Auffassung der Eigentümerhypothek entspricht schon ihr Name. Es wird durch ihn an erster Stelle hervorgehoben, daß ein Recht des Eigentümers in Frage steht. Als Hypothek wird sie deshalb bezeichnet, weil es sich um Befugnisse handelt, die aus der Hypothek zum Eigentum zurück-

[1] Entsch. d. OTr. Bd. 22 S. 218, Str. Bd. 20 S. 1. Entsch. des RG. Bd. 5 S. 312, Bd. 38 S. 222.

gekehrt oder trotz der Eintragung für einen anderen noch nicht ausgeschieden sind. Auch im positiven Recht findet sie ihre Begründung. Schon der römische Jurist Paulus erklärt, daß die Fortdauer des Pfandrechts in der Hand des Eigentümers eine rechtliche Unmöglichkeit sei, daß nur das aktive Recht (die actio) zugunsten des Eigentümers bestehen bleibe[1]. Der Anhang § 52 zum ALR. sagt bezeichnenderweise nicht, daß die Hypothek bestehen bleibe. Er sagt nur, daß die Hypothekenrechte nicht aufgehoben werden, und dies versteht sich daraus, daß sie in das Eigentum zurückkehren. Das BGB. spricht zwar scheinbar von einer wirklichen Hypothek, einer wirklichen Grundschuld. In dem § 1177 zieht es aber wieder dasjenige ab, was eine Hypothek oder Grundschuld erst zur solchen macht. Nach diesem Abzuge bleiben nur die sich mit der Hypothek deckenden Eigentümerrechte übrig.

Den vielen Schwierigkeiten, welche der Erklärung entgegenstehen, hat das BGB. noch eine neue hinzugefügt. Dem Eigentümer wird bald eine Hypothek, bald eine Grundschuld zugeschrieben (§ 1177). Trotzdem in den vorhergehenden Paragraphen stets von der Zuständigkeit oder dem Erwerbe einer Hypothek die Rede ist, wird man mit der Mehrzahl der Schriftsteller anzunehmen haben, daß die Unterscheidung für alle Fälle gelten soll. Dem Eigentümer steht nach der Auffassung des BGB. eine Hypothek zu, wenn er zugleich eine persönliche Forderung hat, eine Grundschuld, wenn dies nicht der Fall ist.

Aber es scheint in materieller Beziehung überhaupt keinen Unterschied zu machen, ob man dem Eigentümer eine Hypothek oder nur eine Grundschuld zuschreibt. Auch wenn man das letztere tut, kann der Eigentümer durch die Zession oder den Vorbehalt seiner Rechte eine wirkliche Hypothek schaffen. Der Unterschied scheint nur formaler Natur zu sein. Soweit die Entstehung einer Grundschuld anzunehmen, soll vielleicht der Grundbuchrichter die gesetzliche Umwandlung in eine Grundschuld und die gewillkürte Rückverwandlung in eine Hypothek vermerken[2]. Jedoch hat dieser historische Vermerk über die theoretische Auffassung des Gesetzgebers in den

---

[1] 1 30 § 1 D. 44, 2. Zu Unrecht erklärt Windscheid diesen Ausspruch gegen die Autorität der Basiliken für durchaus unrömisch. Er enthält die Lösung des Rätsels der Eigentümerhypothek. Gegen Windscheid vergleiche insbesondere Dernburg, Pfandrecht II S. 571.

[2] So das Kammergericht. Beschl. vom 9./7. 01, J. 496, vom 15./12. 02, J. 1397. Rsp. Bd. 2 S. 44, 154.

Grundbüchern keinen Zweck. Selbst die etwaige neue Vermögenshaftung des zedierenden Eigentümers wird erst durch einen neuen Vertrag geschaffen. Die Umschreibung als Hypothek oder als Grundschuld ist in dieser Beziehung, wie bereits ausgeführt, gleichgültig. Es dürfte sich daher empfehlen, auch den Vermerk fortzulassen[1].

Ferner scheint der Umstand, daß dem Eigentümer ein durch die Vermögenshaftung eines Dritten gesicherter Anspruch gegeben wird, auf sein Recht an dem eigenen Grundstück nicht den geringsten Einfluss ausüben zu können[2]. Der Anspruch steht neben der Eigentümerhypothek und wird durch dieselbe nicht gedeckt. Der Eigentümer hat keine hypothekarische Klage zur Befriedigung seiner persönlichen Forderung gegen den Dritten. Ja noch mehr, er kann seinen Regreßanspruch für sich behalten, allein anderweit zedieren, und doch seine Eigentümerhypothek als wirkliche Hypothek oder Grundschuld abtreten.

Der Gesetzgeber ist nur der theoretischen Überzeugung, daß überall, wenn neben der Eigentümerhypothek ein persönlicher Anspruch gegen einen Dritten steht, eine Hypothek vorliege. Als praktisches Resultat wird sich aber aus dieser Auffassung nur die Folge herleiten lassen, daß der Eigentümer Regreßanspruch und Eigentümerhypothek zugleich abtreten kann, und daß so eine wirkliche Hypothek geschaffen wird. Hervorzuheben aber dürfte sein, daß in dieser Beziehung die Bestimmung des § 1177 nur materielle Bedeutung hat, daß sie den Grundbuchrichter nichts angeht, daß damit alle Schwierigkeiten fallen, welche man aus dem Gesetze für den Hypothekenverkehr hat herleiten wollen.

§ 3. Das Liquidationsrecht und seine Konsequenzen.

Der Eigentümer, aus dessen freiem Eigentum die hypothekarischen Rechte wegen Nichtentstehens der Forderung nicht geschieden, der sie infolge Zahlung oder eines anderen Rechts-

[1] Die Ansicht, daß der Grundbuchrichter die Umwandlung in eine Grundschuld zu vermerken habe, stellt ihm eine unmögliche Aufgabe. Er kann nicht feststellen, ob die Umwandlung eingetreten ist oder nicht. Gemäß der allgemeinen Prinzipien hat er nach den ihm vorgelegten Bewilligungen und Anträgen zu verfahren. Das KG. (JB. 20 S. 233) scheint eine Vermutung für die Grundschuld aufstellen zu wollen. Infolge dieser Ansicht könnten leicht wohlbegründete Rechte der Beteiligten verletzt werden, indem sie auf ihre Kosten die Hypothek wieder herstellen müssen.

[2] So schon v. d. Hagen S. 82.

geschäfts zurückerworben, kann sie im Kaufgelderbelegungstermine liquidieren. Dies folgt schon aus seinem Rechte, sich den Wert des verkauften Grundstücks anzueignen. Aus den bekämpften Theorien ist aber ferner mit Notwendigkeit zu folgern, daß er das Liquidat der Eigentümerhypothek seinen eigenen nacheingetragenen Gläubigern entzieht[1]. Schon diese Konsequenz ist bedenklich. Es folgt aber ferner, daß die nacheingetragenen Gläubiger eine voreingetragene Hypothek deshalb, weil sie ungültig oder aufgehoben sei, überhaupt nicht mehr anfechten können. Denn wenn sie auch überzeugend ausführen, daß die voreingetragene Hypothek anfechtbar sei, weil ihr eine Forderung nicht zugrunde liege, so beweisen sie damit nur, daß die Hypothek dem Eigentümer zustehe. Die persönlichen Gläubiger des Eigentümers können die Eigentümerhypothek mit Arrest belegen. Daraus ergibt sich das widernatürliche Resultat, daß die gewöhnlichen Gläubiger den hypothekarischen vorgehen. Das Liquidat der Eigentümerhypothek ist der Konkursmasse zuzusprechen[2]. Selbst nach der Beschlagnahme des Grundstücks kann der Eigentümer die Hypothek noch abtreten und zur Konvaleszenz bringen. Im Kaufgelderbelegungstermin könnte kein Gläubiger zugunsten nacheingetragener Gläubiger auf sein Liquidat verzichten, da durch den Verzicht immer der Eigentümer ein Recht erlangen würde.

Diese Konsequenzen sind nicht nur aus praktischen Gründen bedenklich, sondern stehen mit dem legislativen Zwecke der Eigentümerhypothek nicht im Einklang. Ihr Zweck ist, den Besitzern von Grundstücken behufs Erhaltung derselben den Kredit zurückzugewähren, der ihnen durch das Vorrücken nacheingetragener Gläubiger entzogen würde, nicht der, überschuldeten Eigentümern, die ihr Grundstück so wie so nicht halten können, zum Nachteil ihrer hypothekarischen Gläubiger ein Geschenk in den Schoß zu werfen. Die geschilderten Konsequenzen widersprechen sogar direkt dem wirtschaftlichen Zwecke des Instituts. Denn wenn es jedem persönlichen Gläubiger freisteht, die Eigentümerhypothek zu pfänden, wird dem Eigentümer der Kredit gerade abgeschnitten, der ihm nach der Idee der Eigentümerhypothek behufs Erhaltung seines Grundstücks gewährt werden sollte.

---

[1] Diese Konsequenzen ziehen die Motive III. S. 203 und die Mehrzahl der Schriftsteller. Entsch. Bd. 16 S. 142.
[2] Entsch. d. OTr. Bd. 12 S. 59, 66—78.

Die römischen Juristen haben niemals den Satz aufgestellt, daß in allen Fällen, in denen der Eigentümer das Recht gehabt haben würde, eine eingelöste Hypothek auf einen andern zu übertragen, er selbst sie auch gegen die nachfolgenden Gläubiger geltend machen könne. Nur ganz ausnahmsweise ist ihm auch dieses Recht aus Billigkeitsgründen gewährt, z. B. wenn der Eigentümer in Unkenntnis der ihm zustehenden Hypothek das belastete Grundstück erworben und infolge der Vereinigung und des spätern Zwangsverkaufs neben dem Grundstück auch seine Hypothek ohne Entgelt[1] eingebüßt haben würde. Das Abtretungsrecht und das Vorbehaltsrecht des Eigentümers beruhen auf einem ganz andern gesetzgeberischen Grunde als das Liquidationsrecht.

Der preußische Gesetzgeber, welcher den Anhang § 52 und die Deklaration vom 3. April 24 schuf, hat nur beabsichtigt, den Grundstücksbesitzern behufs Erhaltung ihrer Grundstücke den notwendigen Kredit zu verschaffen, wie dies selbst v. Savigny bezeugt[2]. Bornemann[3] und Förster[4] haben das die nachfolgenden Gläubiger ausschließende Liquidationsrecht des Eigentümers abgelehnt, weil es nicht blos allen Absichten der Gesetzgebung, sondern auch den Grundsätzen des Zivilrechts widerspricht. Selbst Koch war im Anfang gleicher Auffassung. Erst aus der unrichtigen Theorie, daß die Eigentümerhypothek eine wirkliche Hypothek sei, wenigstens so behandelt werden müsse, daß der Eigentümer ein Recht an der Stelle habe[5], nicht aus den Bedürfnissen des Verkehrs, sondern gegen dieselben hat sich die entgegenstehende Ansicht gebildet.

Aus der von uns entwickelten Auffassung der Eigentümerhypothek ergibt sich das den nacheingetragenen Gläubigern schädliche Liquidationsrecht nicht mit Notwendigkeit. Die Eigentümerhypothek ist ein Recht des Eigentümers, keine wirkliche Hypothek, zu der sie erst werden soll. Daher ist sie als Teil des Eigentums oder als Pertinenz desselben den nacheingetragenen Gläubigern in der Regel mit verhaftet. Es

---

[1] Verum est enim, et pignori datum et satisfactum non esse l. 30 § 1 D. 44, 2. l 1 C. 8, 20. Vangerow Bd. I § 392 Not. 3. Heutzutage können derartige Fälle kaum vorkommen, da infolge des Eintragungsprinzips jeder den Hypothekenstand kennen muß.

[2] v. Savigny hat das Gutachten vom 22./1. 24 selbst mit unterschrieben. Seine Äußerung ist bei Förster 2. Aufl. S. 462 Not. 38 abgedruckt.

[3] Juristische Wochenschrift Jahrg. I S. 87.

[4] Theorie und Praxis 2. Aufl. Bd. III S. 464.

[5] v. d. Hagen S. 136.

ist aus Billigkeitsrücksichten eine Ausnahme nur für die Fälle zuzulassen, in denen die Gesetze die Wirkung der Vereinigung aus Billigkeitsgründen überhaupt rückgängig machen, z. B. zugunsten des nur beschränkt haftenden Erben. (Vergl. §§ 1976, 1991 Abs. 2, 2175, 2377, 2143).

Was gegenwärtig Rechtens sein soll, ist äußerst zweifelhaft. Das BGB. selbst scheint die Eigentümerhypothek als eine bestehende Hypothek zu betrachten, weil die Rechte in das Eigentum zurückgekehrt oder darin verblieben sind. Daher könnte man mit den Motiven zu der Meinung gelangen, daß die bestehende Hypothek auch an ihrer Stelle liquidiert werden könne. Es ist aber auch eine andere Rechtsanschauung denkbar. Die Eigentümerhypothek ist gerade deshalb keine bestehende Hypothek, weil die hypothekarischen Rechte in das Eigentum zurückgekehrt oder in ihm verblieben sind. Denn die Belastungen werden dadurch aufgehoben, daß die ihnen entsprechenden Rechte in das Eigentum zurückkehren. Dies ist schon die Auffassung der römischen Juristen, und der Gesetzgeber scheint sie im Zwangsvollstreckungsgesetz zu teilen. Der § 50 spricht von einer nicht bestehenden Hypothek, die bei Feststellung des geringsten Gebotes berücksichtigt ist. Darunter kann nur die Eigentümerhypothek verstanden werden, welche als Hypothek nicht besteht. Denn sonst wäre überhaupt nicht ersichtlich, was der Gesetzgeber sagen will, da gemäß der Ausdehnung des Rechtsinstituts jede ungültige Hypothek als Eigentümerhypothek anzusehen ist, wie unten ausgeführt werden wird, selbst dann, wenn die Ungültigkeit[1] aus dem Mangel der Pfandbestellung zu folgern ist. Der § 125 scheint ferner das Liquidat, welches auf eine als solche nicht bestehende Hypothek fällt, den postlozierten Gläubigern zu überweisen. Der § 130 Abs. 2 ordnet an, daß eine derartige Hypothek zur Löschung gebracht werden solle. Wollte man aber mit den Motiven des BGB. und der sich aus ihnen ergebenden Konsequenz annehmen, daß jede in sich ungültige Hypothek bestehe, weil sie Eigentümerhypothek geworden sei, so wäre sie stets dem Eigentümer, nicht den postlozierten Gläubigern zu überweisen, und dürfte überhaupt nicht gelöscht werden. Als eine dem Eigentümer zustehende nunmehr wirkliche Hypothek müßte sie stehen bleiben.

[1] Dabei wird nur vorausgesetzt, daß die Eintragung an sich den Gesetzen entspricht.

Trotzdem liegt nach unsrer Auffassung ein Widerspruch zwischen BGB. und ZVG. in materieller Beziehung nicht vor. Sie folgen nur verschiedenen Rechtsanschauungen. Beide gehen zunächst von der richtigen Vorstellung aus, daß die Entstehung der Eigentümerhypothek voraussetzt, daß die hypothekarischen Rechte in das Eigentum zurückgekehrt oder in ihm verblieben sind. Das BGB. folgert, daß die Hypothek noch besteht, weil sie als Eigentümerhypothek bleibt, das ZVG., daß sie nicht besteht, weil sie als Hypothek nicht besteht. Beide Rechtsanschauungen sind an sich gleichberechtigt, weil die Aufhebung der Belastung durch die Rückkehr der ihr entsprechenden Rechte in das Eigentum sich vollzieht. Durch den anscheinenden Widerspruch wird aber gerade die Natur der Eigentümerhypothek klar gestellt. Sie besteht nicht als Hypothek, aber als Recht des Eigentümers, sie verleiht dem Eigentümer das Abtretungs- und Vorbehaltsrecht, berechtigt ihn aber nicht, vor den postlozierten Gläubigern zu liquidieren. Dies Resultat scheint allein dem Zwecke des Instituts und der Billigkeit zu entsprechen.

Durch diese Auffassung wird auch den nacheingetragenen Gläubigern das ihnen vor dem Aufkommen der bekämpften Theorien stets zugesprochene Anfechtungsrecht wieder gegeben. Indem sie nachweisen, daß eine voreingetragene Hypothek nicht dem liquidierenden Gläubiger, sondern dem Eigentümer gebühre, machen sie ein Objekt ihrer Befriedigung frei, da alle Rechte des Eigentümers am Grundstücke ihnen haften. Es ist auch unlogisch, wenn man ihnen das Anfechtungsrecht gerade deshalb hat entziehen wollen, weil die Hypothek ihrem Schuldner wirklich noch gehört.

Aus der von uns entwickelten Anschauung ergibt sich ferner, daß der Eigentümer nach erfolgter Beschlagnahme des Grundstücks die Eigentümerhypothek nicht mehr veräußern darf. Denn durch die Zession entzieht er den eingetragenen Gläubigern ein Objekt, welches als Recht des Eigentümers ihnen haftet. Ebensowenig kann der Eigentümer eine Hypothek, die wegen Nichtzahlung der Valuta nicht zur Entstehung gelangt war, nach erfolgter Beschlagnahme noch zur Entstehung bringen. Die Ansicht von Jäckel S. 101, der eine Abänderung des früheren Rechts von uns abweichend annimmt, entspricht nicht dem Gerechtigkeitsgefühl, ist auch theoretisch unbegründet[1].

[1] Der Ansicht von Jäckel scheint auch das RG. zu sein. Bd. 51 S. 118.

Das natürliche Verhältnis zwischen hypothekarischen und gewöhnlichen Gläubigern wird wieder hergestellt, da die letzteren durch Pfändungen ein Vorrecht vor den ersteren nicht mehr erlangen können, und die Eigentümerhypothek zur Konkursmasse nicht zu ziehen ist. Den gewöhnlichen Gläubigern wird trotzdem ihr volles Recht, da sie das Grundstück gemäß § 864 ZPO. zur Zwangsvollstreckung stellen, oder den dem Eigentümer zustehenden Überschuß pfänden können[1]. Eine Verhandlung im Kaufgelderbelegungstermin wird wieder dahin ermöglicht, daß voreingetragene Gläubiger zugunsten der nachstehenden auf ihr Recht verzichten. Denn durch den Verzicht wird klar, daß die Hypothek, wenn auch zur Eigentümerhypothek geworden, den nacheingetragenen Gläubigern zur Befriedigung zu dienen hat.

Hervorzuheben bleibt aber, daß die vom preußischen Obertribunal begründete Auffassung vom Reichsgericht aufgenommen ist, und daß die Ausführungen über das Liquidationsrecht nur dazu bestimmt sein können, an maßgebender Stelle eine nochmalige Erwägung anzuregen.

§ 4. Die im Gesetz selbst bestimmten Fälle der Anwendung, Nichtentstehen der Forderung, Zahlung, sonstige Fälle.

a) Die Existenz einer Eigentümerhypothek wird im § 1163 zunächst dann angenommen, wenn die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt ist. Das Gesetz will offenbar in erster Linie den Fall treffen, daß eine Forderung überhaupt nicht existiert, die Beteiligten z. B. eine solche irrtümlich vorausgesetzt haben. Es findet aber auch dann Anwendung, wenn der Vertrag, welcher die Forderung begründen sollte, anfechtbar oder kondizierbar ist. Zwar ist der Gesetzgeber sonst der Rechtsanschauung, daß der anfechtbare oder kondizierbare Vertrag das Recht begründe, das infolge der Anfechtbarkeit oder Kondizierbarkeit nur kraftlos werde[2]. Im § 1163 scheint er aber zu der natürlichen Anschauung zurückgekehrt zu sein, daß ein anfechtbares Recht ein wirkliches Recht nicht ist, daß eine anfechtbare Forderung als Forderung gar nicht zur Entstehung gelange. Die falsche

---

[1] Daß die Pfändung nach § 857 Abs. 2 ZPO zu erfolgen hat, versteht sich nach unserer Auffassung von selbst.

[2] Aus diesem Grund spricht Fuchs Not. 5 die Hypothek vor der Anfechtung dem Gläubiger, nach derselben dem Eigentümer zu.

Angabe des Rechtsgrundes steht der Gültigkeit der Hypothek nicht entgegen. Eine Eigentümerhypothek entsteht daher aus diesem Grunde nicht[1].

In dem Satze, daß die Hypothek dem Eigentümer zustehe, wenn die Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist, liegt die wesentlichste positive Neuerung. Das frühere Recht setzte die Gültigkeit der Forderung und der Hypothek voraus[2]. Die Neuerung ist anzuerkennen. Die Rechtsgründe, aus welchen eine Hypothek auf den Eigentümer umgeschrieben, an ihn zurückzediert wird usw., verbergen sich dem Verkehre. Das Verkehrsleben verlangt, daß die Rechtsgründe, aus welchen die hypothekarischen Rechte dem Eigentümer zugesprochen werden, für das spätere Schicksal der Hypothek unerheblich sind[3].

Der § 1163 bezeichnet die durch die Eintragung gekennzeichneten, aus dem Eigentum noch nicht geschiedenen Rechte des Eigentümers als Hypothek. Trotzdem will der Gesetzgeber, daß sie als Grundschuld angesehen werden. Denn da eine Forderung überhaupt nicht vorhanden ist, kann auch der Eigentümer eine solche nicht erwerben (§ 1177). Die Frage aber, ob eine Hypothek oder Grundschuld anzunehmen, erscheint in materieller Beziehung gleichgültig. Der Eigentümer kann die noch in seinem Eigentume liegenden hypothekarischen Rechte als Grundschuld oder als Hypothek abtreten. Das letztere ist anzunehmen, wenn er einen neuen Rechtsgrund für seine Vermögenshaftung schafft, z. B. mit dem neuen Erwerber einen Darlehnsvertrag schließt. Sonst wird dem Erwerber nur ein durch die Grundstückshaftung gesichertes Forderungsrecht zustehen. Darauf, ob der Grundbuchrichter die theoretische Meinung, daß die Hypothek eigentlich eine Grund-

---

[1] So auch Planck Not. 3[b], Fuchs S. 525 Not. 3. Auch die preußische nicht valutierte Hypothek ist jetzt als Eigentümerhypothek aufzufassen. RGEntsch. Bd. 48 S. 48, Bd. 51 S. 398.

[2] Vgl. die allerdings nicht im vollen Einklange stehenden Entsch. des RG. Bd. 32 S. 309, Bd. 3 S. 266. Gruchot Bd. 29 S. 962. Darüber Boas und Kempf bei Gruchot Bd. 31 S. 53, Bd. 34 S. 655.

[3] Daher hat sich auch der Grundbuchrichter um die wirklichen Gründe, weshalb die hypothekarischen Rechte auf den Eigentümer übergegangen sind, nicht weiter zu kümmern. Er hat nur die formale Legitimation zu fordern, Umschreibungsbewilligung, Löschungsbewilligung, Quittung, die den Eigentümer als Zahler nachweist, Anerkenntnis, daß die Hypothek nicht besteht usw. Im wesentlichen stimmt hiermit die Praxis des KG. überein (Rsp. 4 Nr. 79[c], Beschluß vom 25./5. 03, J. 547/03).

schuld sei, im Grundbuch vermerkt oder nicht, wird kein Gewicht zu legen sein.

Auch bei der Veräußerung des Grundstücks kann sich der Eigentümer die noch nicht aus seinem Eigentum geschiedenen hypothekarischen Rechte als Hypothek oder als Grundschuld vorbehalten. In der Regel wird die Eigentümerhypothek auf das Kaufgeld übernommen werden. Dann wird sie zur wirklichen Hypothek, da der Käufer für das Kaufgeld auch mit seinem Vermögen haftet. Jedoch kann auch ausgemacht werden, daß die Vermögenshaftung des Käufers ausgeschlossen sein solle. Dann steht die Hypothek wenigstens im materiellen Effekte der Grundschuld gleich. Schließlich aber ist es möglich, daß die Eigentümerhypothek vom Käufer nicht übernommen wird, daß der Verkäufer verpflichtet ist, sie zur Löschung zu bringen. In diesem Falle ist trotz der bestehen bleibenden Eintragung dem Verkäufer weder eine Hypothek noch Grundschuld zuzusprechen. Seiner persönlichen und sachlichen Klage tritt die Einrede entgegen, daß er verpflichtet sei, die Löschung herbeizuführen. Aus diesem Grunde wird er sogar die Hypothek als Eigentümerhypothek dem Käufer abtreten müssen[1]. Auch die Gläubiger des Verkäufers, welche die Hypothek mit Beschlag belegen, werden infolge der gedachten Einrede abgewiesen. Nur die Frage ist zu bejahen, ob nicht der Verkäufer infolge der Lehre vom Glauben des Grundbuchs zugunsten gutgläubiger Dritter verfügen kann.

An dieser Stelle treten die Bedenken gegen das Liquidationsrecht des Eigentümers, soweit es den nacheingetragenen Gläubigern vorgehen soll, besonders hervor. Soll der Eigentümer eine wegen des Mangels der Forderung ungültige Hypothek im Kaufgelderbelegungstermine mit dem Vorrechte der Stelle liquidieren können, soll sie im geringsten Gebote für ihn zum Ansatze gebracht werden? Bejaht man die Frage, so würde ein Eigentümer, der ungültige Forderungen unbewußt oder selbst bewußt hat eintragen lassen, ihre Beträge ohne jeglichen Grund seinen eigenen nacheingetragenen Gläubigern entziehen. Dieselben würden nicht einmal ein Anfechtungsrecht gegen die Liquidate des Eigentümers haben, da ihm das Gesetz die Hypothek zuspricht. Selbst nach Eintragung der

[1] Man wird daher nicht mit Oberneck S. 28 und vielen anderen (vgl. auch RGEntsch. Bd. 51 S. 399) ohne weiteres sagen können, die Eigentümerhypothek stehe immer demjenigen zu, der zur Zeit der Eintragung der ungültigen Hypotheken Eigentümer war.

Beschlagnahme würde er die Hypothek zedieren und die so gewonnene Valuta auf Kosten seiner Hypothekengläubiger verzehren können. Alle seine persönlichen Gläubiger würden sich, wenn sie rechtzeitig Kenntnis erlangen, auf die an sich ungültige Hypothek stürzen, und infolge von Arresten und Überweisungen den Hypothekengläubigern den Vorrang ablaufen. Uns will es scheinen, als wäre dadurch ein Rechtszustand geschaffen, der das höchste Maß der Unbilligkeit erreicht und allem historisch gewordenen Rechte widerspricht. Dazu kommt, daß konsequenterweise das Institut der Eigentümerhypothek weit über die im § 1163 erwähnten Fälle ausgedehnt werden muß. Die bevorrechtigte Liquidation des Eigentümers mag erträglich gewesen sein, solange sich die Eigentümerhypothek in bescheidenen Grenzen hielt, nachdem sie und zwar mit Recht diese Grenzen überschritten, wird sich vermutlich herausstellen, daß das Liquidationsrecht des Eigentümers anders konstruiert werden muß, wenn das Recht des BGB. praktisch brauchbar bleiben soll.

b) Das BGB. erkennt die Eigentümerhypothek in wesentlicher Übereinstimmung mit dem früheren Rechte auch dann an, wenn die Forderung erlischt. Auf die Art des Erlöschens kommt es nicht an. Zahlung, Verzicht, Vereinigung, Hinterlegung, Aufgebot kommen in Frage. Wir begnügen uns hier, den Fall der Zahlung näher zu betrachten, da er den übrigen Fällen zum Vorbilde dient und der praktisch wichtigste ist.

Zahlt der ursprüngliche Verpfänder seines Grundstücks, welcher Alleinschuldner oder im inneren Verhältnis zu einem Dritten Hauptschuldner ist, so ist klar, daß die gegen ihn bestehende Forderung erlischt. Die seiner Grundstückshaftung entsprechenden Rechte, insbesondere das Verkaufsrecht des Gläubigers, kehren in sein Eigentum zurück und lösen sich in sein umfassenderes Verkaufsrecht auf. Gerade dadurch wird die Sachhaftung aufgehoben. Dasselbe ist von der Vermögenshaftung zu behaupten, indem das frühere Recht des Gläubigers, jeden Vermögensteil seines Schuldners zu verkaufen oder verkaufen zu lassen, sich in das Recht des Schuldners an seinem Vermögen auflöst. Weil sowohl die der Grundstückshaftung wie die der Vermögenshaftung entsprechenden Rechte in das Eigentum am Grundstück oder am Vermögen zurückkehren, sprach das preußische Obertribunal von einer ruhenden Hypothek. Es beachtete nicht genügend, daß Forderung, Sach-

haftung, Vermögenshaftung gerade dadurch aufgehoben werden, daß die entsprechenden Rechte in das Eigentum zurückkehren. Der Gesetzgeber des BGB. spricht gemäß § 1177 von einer Grundschuld, weil der zahlende Verpfänder im gegebenen Falle keinen Regreßanspruch hat. Er beachtet nicht, daß die Frage des Regreßanspruchs auf das Recht des Eigentümers an seinem eigenen Grundstücke keinen Einfluß ausüben kann, daß die Grundstückshaftung in derselben Weise aufgehoben werden muß wie die Vermögenshaftung, da die beiden entsprechenden Rechte in das Eigentum zurückkehren, daß es schließlich gleichgültig ist, ob man eine Rückkehr der der Vermögenshaftung entsprechenden Rechte in das Eigentum annimmt oder nicht, da der Eigentümer aus seinem Rechte am Vermögen stets neue Vermögenshaftungen begründen, da er soviele Obligationen aufnehmen kann, als er will. Daher ist der Wechsel der Rechtsanschauung von keiner materiellen Bedeutung. Auch jetzt kann der Eigentümerhypothekar, dem keine persönliche Forderung gegen einen Dritten zusteht, die durch die Zahlung in sein Eigentum zurückgekehrten Rechte als wirkliche Hypothek abtreten, indem er durch Vertrag die gegen ihn entstehende Forderung mit einer neuen Vermögenshaftung umkleidet. Auch jetzt wird in Übereinstimmung mit dem preußischen Obertribunal dies in der Regel nicht anzunehmen und dem neuen Erwerber nur ein Regreßanspruch zuzusprechen sein. Diese Ansicht erscheint sogar jetzt um so mehr begründet, als der Gesetzgeber die Eigentümerhypothek im gegebenen Falle als Grundschuld ansieht. Man könnte daher der Meinung sein, der Gesetzgeber habe die früher bestehende Kontroverse[1], ob infolge der Zession eine neue Vermögenshaftung des zedierenden Eigentümers entstehe, wiederauflebe oder nicht, im verneinenden Sinne entscheiden wollen. Es kann auch, wie bereits ausgeführt ist, keinem Zweifel unterliegen, daß selbst der Eigentümer, der keinen persönlichen Regreßanspruch hat, sich bei Veräußerung des Grundstücks die Eigentümerhypothek als wirkliche Hypothek oder Grundschuld vorzubehalten in der Lage ist.

---

[1] Vgl. über diese Kontroverse Pr. Nr. 1385, No. 1436 Entsch. des OTr. Bd. 37 S. 139, Bd. 62 S. 390, RGEntsch. Bd. 5 S. 328, Bd. 7 S. 220. v. d. Hagen (S. 129) wollte dagegen jede entgeltliche Zession als neues Darlehnsgeschäft ansehen. Die fernere Kontroverse, ob dem ursprünglichen Gläubiger bei Teilzahlungen das Vorrecht zustehe, ist jetzt im bejahenden Sinne entschieden (§ 1176).

Steht neben dem Eigentümer ein Dritter, der im inneren Verhältnis zu ihm persönlicher Nebenschuldner, z. B. Bürge, ist, so wird durch die Zahlung des Eigentümers auch dessen persönliche Schuld beseitigt. Durch die Zession des Eigentümers lebt sie nicht wieder auf, zumal sich die Lehre vom Glauben des Grundbuchs jedenfalls nicht auf Personen erstrecken kann, die neben dem Grundstückseigentümer nur mit ihrem Vermögen haften. Die äußerst schwierige Frage, wie sich die Rechtslage beim Vorliegen einer Gesamthypothek stellt, unterlassen wir hier zu erörtern.

Zahlt der Verpfänder und Eigentümer, welcher im inneren Verhältnis zu einem Dritten nur Nebenschuldner ist, so ist klar, daß seine Schuld gegen den Gläubiger aufgehoben wird. Auch gehen die seinen Verhaftungen entsprechenden Rechte in sein Eigentum und sein Vermögen über, wodurch sie selbst untergehen. Es wiederholt sich inbezug auf sein Grundstück und sein Vermögen derselbe Vorgang, wie in dem vorher dargestellten Falle. Trotzdem meint der Gesetzgeber, im Gegensatze zu der für den ersten Fall aufgestellten Theorie, daß dem regreßberechtigten Eigentümer nicht eine Grundschuld, sondern eine Hypothek zustehe. Der Grund für diesen Wechsel der Rechtsanschauung wird vom Gesetzgeber darin gefunden, daß der zahlende Eigentümer, welcher im inneren Verhältnis Nebenschuldner ist, einen persönlichen Regreßanspruch gegen denjenigen erlangt, der im inneren Verhältnis Hauptschuldner ist. Diese Begründung ist zwar eine fehlgehende, da das Recht des Eigentümers an seinem eigenen Grundstücke dadurch nicht berührt wird, ob er einen Regreßanspruch hat oder nicht. Trotzdem wird man mit der Rechtsanschauung des Gesetzgebers zu rechnen haben, da sie die gesetzliche ist. Der Gesetzgeber vermeint, daß der zahlende Eigentümer, wenn auch nur infolge von Fiktion, eine Hypothek deshalb erwerbe, weil auf ihn außer der erlangten Eigentümerhypothek noch eine persönliche Forderung gegen einen Dritten übergegangen sei. Daraus folgt, was übrigens auch so selbstverständlich wäre, daß er seinen persönlichen Regreßanspruch zugleich mit der Eigentümerhypothek abtreten kann. In diesem Falle ist es gewiß zweifellos, daß er die Eigentümerhypothek als Hypothek abtritt. Denn in der Hand seines Zessionars vereinigen sich der persönliche Anspruch gegen den Hauptschuldner und die Sachhaftung des Grundstücks. Trotzdem wird man nach den bereits angestellten Erwägungen nicht an-

nehmen können, daß der Eigentümer seine eigene ursprüngliche Verpflichtung durch die Zession wiederherstellt, daß er dem Zessionar mit seinem Vermögen aus demselben Grunde hafte, wie dem ursprünglichen Gläubiger. Vielleicht geht die Meinung des Gesetzgebers auch dahin, es sei zu vermuten, daß der Eigentümer, welcher zediert, Eigentümerhypothek und persönlichen Anspruch gegen den Hauptschuldner zugleich abtreten wolle[1]. Der Gesetzgeber spricht daher von der Eigentümerhypothek als einer Hypothek, weil sie zugleich mit dem persönlichen Anspruche gegen den Hauptschuldner, also als wirkliche Hypothek abgetreten werden kann, eine derartige Abtretung auch vielleicht von ihm vermutet wird. Trotzdem ist es zweifellos, daß der Eigentümer seinen persönlichen Regreßanspruch gegen den Hauptschuldner auch allein abtreten kann. Dann müßte nach der Auffassung des Gesetzgebers die zunächst als Hypothek erworbene Eigentümerhypothek wieder zur Grundschuld werden. Jedoch ist diese theoretische Auffassung der Gesetzgebung von keiner praktischen Bedeutung. Denn der Eigentümer kann nach den früheren Ausführungen auch die als Grundschuld angesehene Eigentümerhypothek so zedieren, daß er selbst eine persönliche Verhaftung mit seinem Vermögen übernimmt, oder daß er es unterläßt. In der Konsequenz liegt es nun ferner, daß der Eigentümer seinen persönlichen Anspruch gegen den Hauptschuldner für sich zu behalten und nur die Eigentümerhypothek abzutreten vermag. Das letztere kann er sogar in der Weise tun, daß er der abgetretenen Eigentümerhypothek einen ganz neuen persönlichen Schuldgrund unterschiebt, indem er z. B. mit dem Zessionar einen Darlehnsvertrag schließt. Daraus ergibt sich dann freilich immer klarer, daß die neben der Eigentümerhypothek stehende persönliche Haftung eines Dritten mit derselben eigentlich nichts zu tun hat.

Der regreßberechtigte Eigentümer, welcher eine Hypothek bezahlt hat, vermag sich die Eigentümerhypothek auch bei der Veräußerung des Grundstücks vorzubehalten, als Hypothek, wenn der Käufer sie zugleich als persönliche Schuld auf die Kaufgelder übernimmt, als Grundschuld, wenn die persönliche Haftung ausgeschlossen wird. Es erscheint undenkbar, daß er damit auf seinen persönlichen Anspruch gegen den Haupt-

[1] v. d. Hagen, S. 123 war nach früherem Recht gerade entgegengesetzter Auffassung.

schuldner verzichte. Denn durch eine solche Annahme würde man dem Eigentümer ohne jedes Recht einen Vermögenswert entziehen, da die Eigentümerhypothek schon auf die Kaufgelder verrechnet ist. Der persönliche Anspruch gegen den Hauptschuldner bleibt daher selbständig bestehen und ist ganz von der Hypothek oder Grundschuld abgelöst.

Hat der nebenschuldnerische Eigentümer durch Zahlung Eigentümerhypothek und persönliche Forderung gegen den Hauptschuldner erworben, und wird demnächst das Grundstück in seiner Hand zur Subhastation gestellt, so könnte man die Frage, ob er die Eigentümerhypothek in der Subhastation liquidieren kann, schon vielleicht nach dem Wortlaute des Gesetzes (§ 1177) verneinen. Denn der Gesetzgeber faßt die nebeneinander stehenden Rechte, Eigentümerhypothek und persönliche Regreßforderung gegen den Hauptschuldner, wenngleich irrtümlich, als eine einheitliche Hypothek auf. Würde daher der Eigentümer die einheitliche Hypothek liquidieren können, so würde sie auch ganz durch die Zahlung in der Subhastation untergehen. Der persönliche Hauptschuldner würde also befreit werden. Und doch erscheint es ausgeschlossen, daß derselbe durch einen Vorgang, der ihn gar nichts angeht, Befreiung erlangen sollte. Daher könnte man sich zu der Annahme entschließen, daß dem Eigentümer ein Liquidationsrecht in der Subhastation nicht zustehe, weil er durch die Liquidation seinen Regreßanspruch gegen den Hauptschuldner doch nicht verlieren, und andrerseits nicht zweimal Zahlung erlangen könne. Nach unsrer Auffassung liegt nicht der geringste Billigkeitsgrund dafür vor, ihm die Liquidation vor seinen eigenen hypothekarischen Gläubigern zu gestatten.

Zahlt der Eigentümer, der nach dem inneren Verhältnis zu einem Dritten teils Regreß hat, teils nicht, so scheint sich die Rechtslage vollständig zu verwirren. Dem Eigentümer wäre an seinem eigenen Grundstück zugleich eine Hypothek und eine Grundschuld zuzusprechen. Praktisch lösen sich jedoch die Schwierigkeiten durch die Betrachtung, daß die theoretische Unterscheidung zwischen Hypothek und Grundschuld für die Eigentümerhypothek unerheblich ist, und daß in Wahrheit der Regreßanspruch neben der Eigentümerhypothek steht.

Zahlt der Nachmann des Verpfänders, der Käufer, welcher die Hypothek übernommen hatte, so ist nicht zweifelhaft, daß

sowohl die Forderung des Hypothekengläubigers wie die Forderung des Verkäufers auf Befreiung erlischt. Der Käufer erhält die der Sachhaftung entsprechenden Rechte als Eigentümerhypothekar. Seine persönlichen Verpflichtungen erlöschen dadurch, daß sein Vermögen frei wird. Nach der Theorie des preußischen Obertribunals wäre wiederum von einer ruhenden Hypothek, nach der Theorie des BGB. von einer Grundschuld zu sprechen, weil der zahlende Käufer einen Regreßanspruch gegen seinen Vormann, den Verkäufer, nicht hat. Dies hindert aber den Käufer nicht, die von ihm erworbenen hypothekarischen Rechte als wirkliche Hypothek oder Grundschuld zu zedieren oder sich beim Verkaufe des Grundstücks vorzubehalten. Durch Vertrag vermag er sogar neue Obligationen zu begründen, die mit den ursprünglichen in keinem Zusammenhange stehen.

Durch die Zahlung des Käufers, der die Hypothek auf das Kaufgeld übernommen, wird auch der Verkäufer befreit. Auch wenn sich der Käufer nach der Zahlung die Hypothek hätte zedieren lassen, würde der Verkäufer seiner persönlichen Klage den Einwand entgegensetzen, daß der klagende Käufer die Post übernommen habe. Selbst durch die Zession des Käufers wird die ursprüngliche Verpflichtung des Verkäufers nicht zu neuem Leben erweckt[1]. Zwar kann es sein, daß der Verkäufer durch Eintragung und Schuldurkunde noch als persönlicher Schuldner nachgewiesen wird; jedoch erstreckt sich nach der Lehre der Mehrzahl der Schriftsteller die Lehre vom Glauben des Grundbuchs auf die Forderung nur soweit als die Sachhaftung in Frage kommt.

Zahlt der Nachmann des Verpfänders, der Käufer, welcher die Hypothek nicht übernommen, so fällt die durch die Haftung des Grundstücks gesicherte Forderung gegen ihn weg. Er erlangt die der Sachhaftung entsprechenden hypothekarischen Rechte, die sich mit seinem Grundstückseigentum vereinigen. Die der persönlichen Haftung entsprechenden Rechte können nicht in sein Vermögen zurückkehren, da er mit seinem Vermögen nicht haftete. Selbst das preußische Obertribunal hätte daher in diesem Falle schwerlich eine ruhende persönliche Schuld annehmen können. Man sollte also meinen, wenn in irgend einem Falle, sei hier eine Grundschuld anzunehmen. Trotzdem wäre aus der Auffassung des BGB. zu folgern, daß

[1] RG. Entsch. Bd. 45 S. 185. 187.

der Käufer, welcher, obgleich er die Hypothek nicht übernommen, sie bezahlt hat, zum Hypothekengläubiger geworden sei, weil er gegen seinen Verkäufer Regreß hat oder in die gegen ihn bestehende Forderung eingetreten ist. Jedoch ist auch hier auf diese rein theoretische Auffassung wenig Gewicht zu legen. In Wahrheit stehen die Eigentümerhypothek des Käufers und seine persönliche Forderung gegen den Verkäufer. der gemäß des Kaufvertrags die Löschung herbeiführen mußte, nebeneinander. Aus der theoretischen Auffassung des Gesetzgebers, daß sie eine Einheit bilden, folgt nur, daß der Käufer sie vereint abtreten kann, und daß dann zweifellos eine wirkliche Hypothek entsteht. Im übrigen vermag der Käufer die Regreßforderung gegen seinen Verkäufer auch allein abzutreten, oder sie für sich zu behalten. Dadurch wird er nicht gehindert, auch die Eigentümerhypothek als wirkliche Hypothek oder Grundschuld zu zedieren und bei der Veräußerung des Grundstücks sich vorzubehalten. Nach der herrschenden Meinung würde er sogar seine Eigentümerhypothek bei einer etwaigen Subhastation liquidieren und daneben seine Regreßforderung gegen den Verkäufer geltend machen können, was nach unserer Meinung der Billigkeit nicht entspricht.

Der Grundstückseigentümer erwirbt die hypothekarischen Rechte nicht allein dann, wenn er selbst zahlt. Auf Grund des § 1163 sind sie ihm auch dann zuzusprechen, wenn der persönliche Schuldner zahlt, der einen Ersatzanspruch gegen ihn nicht hat. Durch die Zahlung ist sowohl die persönliche Schuld des Zahlers, sowie die etwa daneben stehende persönliche Schuld des Grundstückseigentümers untergegangen. Im Sinne des Gesetzgebers würde man dem Eigentümer eine Grundschuld zusprechen müssen. Denkbar ist nun freilich, daß der nicht ersatzberechtigte persönliche Schuldner sich die von ihm bezahlte Hypothek zedieren läßt. Trotzdem dann der persönliche Schuldner formell als Zessionar legitimiert erscheint, wird man anzunehmen haben, daß materiell nicht ihm, sondern dem Grundstückseigentümer die Eigentümerhypothek zustehe. Der Eigentümer hat gegen den als Zessionar legitimierten persönlichen Schuldner wenigstens eine Klage auf Anerkennung seines Rechts. Eine andere Frage ist freilich, wie weit der als Zessionar legitimierte persönliche Schuldner über die Hypothek zugunsten gutgläubiger Dritter wird verfügen können. Dies ist nach der nicht unzweifelhaften Bestimmung des § 1138 zu entscheiden.

Zahlt ein persönlicher Schuldner, der einen Regreßanspruch hat, so geht insoweit die Hypothek auf ihn über, und zwar als Hypothek, da sie sich mit seiner persönlichen Regreßforderung zu einer Einheit verbindet.

Hiernach ist auch der Fall zu entscheiden, daß ein früherer persönlich haftender Eigentümer nach Veräußerung des Grundstücks zahlt. In der früheren Praxis war es streitig, ob und wie weit ein früherer persönlich haftender Eigentümer überhaupt noch die Hypothek erwerben könne. Nach unsrer Auffassung ist zu unterscheiden: Hatte der Käufer und gegenwärtige Eigentümer die Hypothek auf die Kaufgelder übernommen und bezahlt sie der Verkäufer nachher trotzdem, so wird ihm die Hypothek zur Sicherheit seiner Kaufgelder zustehen. Hatte der Käufer die Hypothek nicht übernommen, ist also der Verkäufer verpflichtet, sie zur Löschung zu bringen, so kann er durch Zahlung die Hypothek nicht erwerben, da seiner dinglichen und persönlichen Klage und ebenso der seiner Gläubiger, welche etwa gepfändet haben, die Einrede entgegensteht, daß er die Hypothek zur Löschung zu bringen habe. Die Annahme des Obertribunals und des Reichsgerichts, daß die Hypothek trotzdem auf ihn übergehe, wird in materieller Beziehung dadurch wieder aufgehoben, daß auch sie dem Käufer die Einrede nicht verweigern. Selbst wenn sich der zahlende, zur Löschungsbeschaffung verpflichtete Verkäufer die Hypothek hat zedieren lassen, bleibt er materiell unberechtigt. Er kann nur auf Grund des Glaubens des Grundbuchs an gutgläubige Erwerber veräußern. Im übrigen muß er die Eigentümerhypothek des Käufers anerkennen und ihm infolge dieser Pflicht auch formelle Zession erteilen.

Die hypothekarischen Rechte kehren auch dann zum Grundstückseigentümer zurück, wenn ein ganz unbeteiligter Dritter bezahlt hat, nicht um selbst als Zessionar zu erwerben, sondern als Bevollmächtigter oder Stellvertreter des Eigentümers, wenngleich im eigenen Namen[1]. Die persönliche und sachliche Haftung des Eigentümers fällt fort. Trotzdem kann er die Eigentümerhypothek als wirkliche Hypothek oder Grundschuld zedieren oder bei der Veräußerung sich vorbehalten.

c) Der Eigentümer erwirbt die Eigentümerhypothek nicht nur durch Zahlung, sondern auch infolge Verzichts des Gläu-

[1] Pr. 838 vom 7./3. 40.

bigers. Verzichtet der Gläubiger auf die Forderung überhaupt, so würde schon nach § 1163 dem Eigentümer die Eigentümerhypothek zustehen. Verzichtet der Gläubiger aber nur auf die Hypothek (die Sachhaftung), so kann dies Gesetz keine Anwendung finden, da die Forderung nicht erlischt. Würde man also von der Ansicht ausgehen, der § 1163 beabsichtigte, alle Fälle der Eigentümerhypothek zusammenzufassen, wie es nach seinem Wortlaute scheinen könnte, so würde der Eigentümer im Falle, daß der Gläubiger nur auf die Hypothek verzichtet, eine Eigentümerhypothek nicht erwerben. Der § 1163 wird aber durch den § 1168 ergänzt. Die der Sachhaftung entsprechenden Rechte kehren auch dann in das Eigentum zurück, wenn nur auf die Sachhaftung verzichtet wird. Die daneben bestehen bleibende Forderung hat mit der Eigentümerhypothek nichts mehr zu tun. In allen Fällen des Verzichts müßte im Sinne des BGB. eine Eigentümergrundschuld entstehen, wenngleich oder weil die Forderung für sich bestehen bleibt. Aus den angestellten Erwägungen ergibt sich aber schon der für die Praxis wichtige Satz, daß der § 1163 nur Beispiele der Eigentümerhypothek aufzählt, daß der Schluß vom Gegenteil aus ihm nicht zulässig ist.

Ähnlich steht es in den Fällen der eigentlichen Vereinigung (Konsolidation, Konfusion). Auch bei ihnen ist mit zwei Möglichkeiten zu rechnen. Entweder hebt die Vereinigung auch die Forderung auf. Diese Möglichkeit ist schon durch den § 1163 gedeckt. Oder die Vereinigung läßt die Forderung selbst unberührt, so daß nur die Sachhaftung fortfällt. Auch dann entsteht die Eigentümerhypothek, trotzdem der § 1163 davon nichts sagt. Ja, die Fälle, in denen die Forderung bestehen bleibt, sind gerade diejenigen, in welchen schon die römischen Juristen insbesondere die Möglichkeit der Eigentümerhypothek anerkannt haben. Sie gerade auszuscheiden wäre eine Unmöglichkeit. Daher ist der § 1177 nicht etwa dahin aufzufassen, daß er nur eine nähere Ausführung für den § 1163 gibt. Vielmehr enthält er eine notwendige Ergänzung desselben. Auch der Fortfall der bloßen Sachverhaftung und daher wohl auch die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Sachverhaftung erzeugt die Eigentümerhypothek.

Im übrigen unterlassen wir, hier die Fälle des Verzichts, der Vereinigung usw. in den Einzelheiten näher zu erörtern. Wir müssen uns damit begnügen, auf die Analogie des Falles der Zahlung zu verweisen. Hervorheben möchten wir nur

noch, daß der Abs. 2 des § 1163, der eine neue Art der Eigentümerhypothek einführt, im engsten Anschluß an den Abs. 1 zu interpretieren sein dürfte. Eine Eigentümerhypothek ist u. E. auch im Falle des Abs. 2 nur dann anzunehmen, wenn die Hypothek des eingetragenen Gläubigers nicht zur Entstehung gelangt oder erloschen ist. Hinsichtlich des Erwerbs durch Ausschlußurteil bleibt auf § 1170 zu verweisen.

§ 5. Die über den Wortlaut des § 1163 hinausgehenden Fälle der Anwendung. Ungültige Hypotheken, bedingte Hypotheken, vorläufige Eintragungen, Grundschulden.

a) Der Gesetzgeber scheint im § 1163 die Eigentümerhypothek auf die Fälle beschränken zu wollen, daß die Forderung nicht zur Entstehung gelangt oder erlischt. Diese Absicht wird von den Motiven sogar ausdrücklich ausgesprochen, indem in den Protokollen III S. 603 ausgeführt ist, daß es auf einer Überspannung des Prinzips der Eintragung beruhe und kein praktisches Bedürfnis vorliege, die Rechte des Eigentümers dadurch zu erweitern, daß ihm der Rang und Betrag der unwirksamen Hypothek den eingetragenen Hypotheken gegenüber erhalten bleibe. Die Mehrzahl der Schriftsteller folgt dieser Auffassung[1]. Danach soll es wohl Voraussetzung der Eigentümerhypothek sein, daß die Forderung gültig, die Hypothek (die Sachhaftung) ungültig ist. Diese Meinung scheint nun aber das Institut der Eigentümerhypothek überhaupt zu beseitigen. Denn eine Hypothek, bei der die Forderung ungültig, die Hypothek gültig ist, gibt es nicht. Da die Hypothek das durch Vermögenshaftung und Sachhaftung gedeckte Forderungsrecht ist (1113), zerstört die Nichtexistenz der Forderung auch immer die Gültigkeit der Sachhaftung. Die Annahme eines Sicherungsmittels ohne ein zu sicherndes Recht würde gegen die Gesetze der Logik verstoßen, und ein eingetragener Gläubiger, dem die Forderung fehlt, kann auch keine hypothekarische Klage haben. Hiernach kann die Gültigkeit der Hypothek gar nicht Voraussetzung der Eigentümerhypothek sein, wie denn auch dieses Erfordernisses im § 1163 nicht gedacht ist.

---

[1] Planck, Hachenburg, Vorträge S. 530, Beiträge S. 15 ff., Turnau S. 685, Böhm S. 238 Ziff. IV., Biermann S. 222 usw.

Die bekämpfte Ansicht geht von unmöglichen Voraussetzungen aus. Ihr ist vielleicht folgende Wendung zu geben: Die Eigentümerhypothek entsteht nicht, wenn die Hypothekenbestellung in sich nichtig oder anfechtbar ist. Denn es ist möglich, daß die Hypothek (die Sachhaftung) allein angegriffen werden kann, ohne daß die Gültigkeit oder Ungültigkeit der Forderung in Frage kommt. Eine geschäftsunfähige Person kann für eine ungültige oder gültige Forderung Hypothek bestellen. In beiden Fällen ist die Hypothek (die Sachhaftung) ungültig. Betrachtet man nun den ersten Unterfall, daß die Forderung ungültig ist, so liegt die Voraussetzung des § 1163 schon dem Wortlaute nach vor. Die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, ist nicht zur Entstehung gelangt. Mehr fordert das Gesetz nicht. Dasselbe nimmt die Existenz einer Eigentümerhypothek bei Ungültigkeit der Forderung immer an, auch dann, wenn daneben auch die Hypothek in sich ungültig ist, zumal bei ungültiger Forderung eine gültige Hypothek nicht gedacht werden kann. Betrachtet man den zweiten Unterfall, daß die Forderung gültig ist, daß z. B. eine geschäftsunfähige Person für eine gültige Forderung Hypothek bestellt hat, so scheint erst recht kein Grund vorzuliegen, ihr deshalb auch die Eigentümerhypothek zu entziehen, weil sie einer Forderung haftet. Die Forderung behält ja ihre selbständige Existenz. Schon aus diesen Gründen wird man sich eher zu der Meinung neigen, daß eine Eigentümerhypothek auch dann anzunehmen, wenn die Hypothekenbestellung in sich nichtig oder anfechtbar ist, wenn nur die Eintragung keinen gesetzlichen Fehler zeigt.

Die entgegengesetzte Ansicht würde auch praktisch undurchführbar sein[1]. Der Verkehr kümmert sich nicht um die Gründe der Ungültigkeit und kann sich nicht darum kümmern. Der Hypothekenverkehr würde ein ganz unsicherer werden, wenn sich die Erwerber von Eigentümerhypotheken erst davon überzeugen müßten, aus welchen Gründen der Eigentümer die Eigentümerhypothek für sich beanspruche, wenn sie sich nicht auf seine formale Legitimation verlassen könnten. Selbst die Gegner erkennen an, daß ihre Ansicht de lege ferenda zu mißbilligen sei. Man wird daher wohl tun, erst näher zu

[1] Vgl. inshesondere Dernburg III. S. 218, Oherneck, Eigentümerhypothek, Goldschmidt, Arch. für hürgerliches Recht Bd. 20 S. 29 ff., Schilde, die Unrichtigkeit des Grundbuchs usw., welche sämtlich die herrschende Ansicht hekämpfen.

prüfen, ob man nicht auch vom Standpunkte des bestehenden Gesetzes zu einem praktischen Resultate gelangen kann.

Der Satz, daß eine Eigentümerhypothek nicht anzunehmen, wenn die Hypothekenbestellung an sich (ohne Rücksicht auf die Forderung) ungültig ist, würde den zweiten zur notwendigen Konsequenz haben, daß sie auch dann nicht anzunehmen, wenn die Hypothek ohne Rücksicht auf die Forderung aufgehoben wird. Es läßt sich aber aus den positiven Bestimmungen des BGB. der Nachweis führen, daß beide Sätze zugleich verworfen werden. Der eingetragene Gläubiger kann auf die Sachhaft allein verzichten. Mag er die Forderung behalten oder nicht, der § 1168 spricht in jedem Falle die Eigentümerhypothek zu. Es ist denkbar, daß dem Eigentümer eine Einrede allein gegen die Sachhaftung zusteht. Der § 1169 gibt ihm dann das Recht, den Verzicht auf die Hypothek zu erzwingen. Trotzdem der gerügte Fehler nur in der Hypothekenbestellung liegt, kann sich so der Eigentümer auf Grund der §§ 1169, 1168 die Eigentümerhypothek verschaffen. Eine Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentume liegt auch dann vor, wenn die hypothekarischen Rechte infolge der Ungültigkeit der Hypothekenbestellung noch nicht aus dem Eigentume geschieden sind. Der § 1177 nimmt aber in jedem Falle der Vereinigung die Existenz der Eigentümerhypothek an. Die Existenz der Forderung wird sogar in dieser Beziehung für gleichgültig erklärt, indem für den Fall des Bestehens und Nichtbestehens derselben nur verschiedene Konstruktionen aufgestellt werden. Wenn sich die Gegner auf die Wortfassung des § 1163 berufen, so erhellt doch immer deutlicher, daß dies Gesetz nur Beispiele bringt.

Die von uns gebilligte Meinung wird auch durch die ZPO. bestätigt (§§ 868, 895, 867). Eine Sicherungshypothek bezw. eine Vormerkung kann auf Grund von Arresten, einstweiligen Verfügungen, vorläufig vollstreckbaren Urteilen eingetragen werden. Ohne daß die Existenz der Forderung in Frage kommt, kann der Grund der hypothekarischen Sicherstellung fortfallen oder vom Prozeßrichter nachträglich verneint werden. Trotzdem soll in allen diesen Fällen gemäß § 868 Abs. 2 ZPO. dem Eigentümer die Hypothek erworben werden.

Aus allen angestellten Erwägungen ist wohl mit Sicherheit zu folgern, daß die Motive zum § 1163 durch die Bestimmungen des Gesetzes selbst widerlegt werden, daß der § 1163 nicht alle Fälle der Eigentümerhypothek zusammenfasst und unter

eine einheitliche Regel stellt. Insbesondere ist der Satz zu verteidigen, daß dem Eigentümer die hypothekarischen Rechte auch dann zustehen, wenn zwar die Forderung zur Entstehung gelangt ist, die sie deckende Sachhaftung aber aus irgend einem Grunde nicht entstanden ist, oder sich wieder in das Eigentum aufgelöst hat.

b) Auch bedingte Hypotheken, insbesondere die Sicherungshypothek des § 1184, die Höchstbetragshypothek des § 1190 können in Abweichung vom früheren Rechte die Unterlage für eine Eigentümerhypothek bilden. Es ergibt sich dies schon daraus, daß im § 1185 die Vorschriften, welche die Eigentümerhypothek betreffen, nicht ausgeschlossen werden. Nach unserer Auffassung der Eigentümerhypothek steht auch dieser in der Konsequenz liegenden Neuerung kein Hindernis entgegen. Beim Ausfall der Suspensivbedingung oder Eintritt der Resolutivbedingung kehren die hypothekarischen Rechte in das Eigentum zurück, oder es wird festgestellt, daß sie aus demselben niemals herausgetreten sind. Auch die bedingte Eintragung macht es den nacheingetragenen Gläubigern kundbar, daß sie mit der Möglichkeit zu rechnen haben, daß ihnen die Post vorgeschoben wird. Ja, der § 1186 gestattet es, ohne ihre Zustimmung Sicherungs- und Höchstbetragshypotheken, also bedingte Hypotheken in unbedingte zu verwandeln.

Selbst für die von manchen Schriftstellern aufgestellten Beschränkungen liegt ein ausreichender Grund nicht vor. Es ist die Meinung aufgestellt, daß eine Eigentümerhypothek anzunehmen, wenn die Bedingung der Forderung, nicht aber dann, wenn sie dem dinglichen Rechte gesetzt war. Die Ansicht widerspricht ebenso den Gesetzen der Logik, wie die entsprechende, daß die Ungültigkeit der Forderung und die Gültigkeit der Hypothek die Voraussetzung für die Eigentümerhypothek bilden. Denn die der Forderung gesetzte Bedingung ergreift auch die Hypothek. Fällt die Forderung aus, so kann auch das Sicherungsmittel nicht bestehen. Richtig ist nur, daß für eine unbedingte Forderung bedingt Hypothek bestellt werden kann. Aber auch in diesem Falle stehen beim Ausfall der Bedingung die hypothekarischen Rechte dem Eigentümer zu, indem sie in das Eigentum zurückgekehrt oder nicht aus demselben geschieden sind. Die daneben stehende persönliche Forderung kann keinen Einfluß auf die Eigentümerhypothek ausüben. Die Unbedingtheit der Hypothek neben der Bedingt-

heit der Forderung kann nicht die Voraussetzung der Eigentümerhypothek bilden, da die Bedingtheit der Forderung auch die Hypothek zu einer bedingten macht. Bei der Sicherungs- und Höchstbetragshypothek wird die Bedingung infolge ihrer Bezeichnung sogar eingetragen, es kann daher keinem Zweifel unterliegen, daß auch die Hypothek selbst bedingt ist.

Beim Ausfall der Suspensivbedingung oder dem Eintritt der Resolutivbedingung kann der Eigentümer Umschreibungsbewilligung, Quittung, Löschungsbewilligung, Anerkenntnis des Nichtbestehens der Hypothek fordern. In jeder Form wird nur zum Ausdrucke gebracht, daß die hypothekarischen Rechte ihm zustehen, und zwar unbedingt, da seine Eigentumsrechte nicht von den Bedingungen der Hypothek abhängig sein können. Das Gesetz gestattet ihm sogar ausdrücklich, die bedingte Hypothek auch formell in eine unbedingte zu verwandeln.

Der Eigentümer vermag daher die ihm unbedingt zugefallenen hypothekarischen Rechte zu zedieren und sie durch die Zession in eine wirkliche unbedingte Hypothek oder Grundschuld zu verwandeln. In gleicher Weise vermag er sie sich bei der Veräußerung des Grundstücks vorzubehalten. Das Widerspruchsrecht ist den nacheingetragenen Gläubigern entzogen (§ 1186), da sie gemäß der Eintragung mit derartigen Eventualitäten zu rechnen haben.

Selbstverständlich ist, daß der Gläubiger einer Sicherungs- oder Höchstbetragshypothek dem Eigentümer eine Umschreibungsbewilligung oder eine Ersatzerklärung auch aus dem Grunde erteilen kann, weil die die Hypothek bedingende Forderung entstanden und bezahlt ist. Dann folgt die Existenz der Eigentümerhypothek schon aus allgemeinen Grundsätzen. Es ist aber unrichtig, daß sie auf diesen Fall beschränkt ist[1]. Die wesentliche Neuerung des BGB. liegt gerade darin, daß auch ungültige Hypotheken, also auch Hypotheken, die durch den Ausfall der Bedingung ungültig werden, in den Kreis der Eigentümerhypothek gezogen werden. Und diese Neuerung ist im Interesse des Verkehrs voll anzuerkennen, da kein Dritter wissen kann, aus welchem Grunde die hypothekarischen Rechte zum Eigentümer zurückgekehrt oder bei ihm verblieben

---

[1] Dies scheint das Kammergericht (Jahrb. Bd. 25 S. 173) allerdings anzunehmen. Vgl. auch die Ausführungen des OLG. Celle. (Rspr. 4 S. 74.)

sind, und der neue Erwerber sich auf die formale Legitimation des Eigentümers verlassen muß[1].

Im Kaufgelderbelegungstermin ist die bedingte Hypothek gemäß der §§ 129, 120 ZVG. zu liquidieren. Es ist kein Zweifel, daß der Betrag dem Gläubiger zusteht, wenn die Suspensivbedingung eingetreten oder die Resolutivbedingung ausgefallen ist. Im entgegengesetzten Falle müßte nach der von uns bekämpften Meinung der Betrag dem Eigentümer zugesprochen werden. Trotzdem scheinen die §§ 119, 120 das direkte Gegenteil anzuordnen, und die Mehrzahl der Ausleger ist darüber einig, daß die Beträge beim Ausfall der Suspensivbedingung ebenso wie für den Fall des sich erledigenden Widerspruchs den nacheingetragenen Gläubigern zu überweisen seien[2]. Selbst der § 1186 BGB. gewährt dem Eigentümer nur das unbedingte Verfügungsrecht über die aus einer Sicherungs- oder Höchstbetragshypothek an ihn zurückgefallenen Rechte, er gestattet ihm aber nicht, bedingte Hypotheken selbst wie unbedingte zu liquidieren. Der § 50 des ZVG. sieht offenbar bedingte Hypotheken für nicht bestehende an, wenn die aufschiebende Bedingung ausfällt oder die auflösende Bedingung eintrifft. Er ist daher nur dahin zu verstehen, daß betreffendenfalls die auf sie fallenden Beiträge nicht dem Eigentümer, sondern den nacheingetragenen Gläubigern überwiesen werden sollen. Die Rechtsanschauung des BGB. und des ZVG. mag in der Tat eine verschiedene sein; eine Verschiedenheit der materiellen Rechtssätze liegt aber, wie bereits ausgeführt, trotzdem nicht vor. Es scheint auch aller Billigkeit zu widersprechen, daß der Eigentümer für sich selbst Hypotheken sollte liquidieren können, deren Bedingung ausgefallen ist. Wir glauben daher, daß sich für die behandelten Fälle die von uns verteidigte Auffassung der Eigentümerhypothek geradezu aufdrängt. Auch wenn die Eigentümerhypothek dem Eigentümer zuzusprechen, haftet sie als Eigentumsrecht den nacheingetragenen Gläubigern. Die von der Mehrzahl der Schriftsteller verteidigte Meinung, daß die bedingte Hypothek für den einen Fall den eingetragenen Gläubigern, für den ent-

[1] Über die Behandlung der Kautionshypotheken des früheren Rechts, auf die wir hier nicht eingehen können, vgl. RG. Bd. 48 S. 52. RJA. Bd. 2 S. 194, JB. Bd. 21 A. 150.

[2] Vgl. Jäckel, Not. 6 zu § 118, Not. 1 zu § 120, und dagegen die praktisch wohl kaum durchzuführende Auffassung von Reinhard. (Recht 1902 S. 31.)

gegengesetzten nicht dem Eigentümer, sondern den nacheingetragenen Gläubigern zuzuweisen sei, verstößt daher keineswegs gegen das Wesen der Eigentümerhypothek, sondern stellt dasselbe erst klar. Damit würden dann auch alle die Unzuträglichkeiten fortfallen, die sich aus dem unbeschränkten Liquidationsrechte des Eigentümers ergeben.

c) Die Bestimmungen der ZPO. scheinen unsere Auffassung zu bestätigen. Aus Arresten, vorläufig vollstreckbaren Urteilen können Sicherungshypotheken eingetragen werden (§§ 895, 867, 868). Diese Sicherungshypotheken stehen unter der Bedingung, daß der Kläger definitiv seinen Anspruch erstreitet, oder er nicht durch Hinterlegung oder sonst zulässigerweise gesichert wird. Sie werden, wie alle Sicherungshypotheken, als Unterlage einer Eigentümerhypothek anerkannt. Dagegen erscheint es fast undenkbar, daß sie der Eigentümer selbst in irgend einem Falle in der Subhastation sollte liquidieren können.

Hinsichtlich der vorgemerkten Hypotheken wird bezweifelt, ob sie der Eigentümerhypothek zur Unterlage dienen können[1]. Wir teilen diesen Zweifel nicht, zumal auch die arrestatorischen Sicherungshypotheken als solche anerkannt werden. Das Obertribunal hat die protestativische Eintragung für geeignet erklärt, sich in eine Eigentümerhypothek zu verwandeln, die arrestatorische nicht (Pr. 1707 Entsch. Bd. 13 S. 257). Ein Grund, das alte Recht gerade umzukehren, liegt wohl nicht vor. Die Ausführung, daß das vorgemerkte Recht kein dingliches Recht sei (Oberneck S. 22), trifft den Kern der Sache nicht. Es mag sein, daß die Vormerkung kein vollkommenes Recht an der Sache gibt, da die vorläufige Eintragung der definitiven nicht in allen Punkten gleichsteht. Aber dasjenige, was für die Konstruktion der Eigentümerhypothek die Hauptsache ist, erfüllt sie doch. Sie sichert den Vorgemerkten gegen das Vordringen der Gläubiger, indem sich der Rang seines Rechts nach der Eintragung der Vormerkung bestimmt. Es ist daher nicht abzusehen, weshalb dem Eigentümer das Recht abgesprochen werden soll, selbst eine derartige Eintragung zur Abtretung, oder zum Vorbehalte einer Hypothek zu benutzen. Wenn dem Eigentümer in den Fällen der §§ 886, 887 auch nur

---

[1] Es bejahen Böhm III. § 883 Not. III B., Dernburg § 220 Z. II.[1]. Es verneinen Fuchs, Turnau, Oberneck, Kammergericht.

das Recht auf Beseitigung der Vormerkung gegeben wird, so würde gegen diesen Grund des Kammergerichts[1] noch zu erwägen sein, daß das Recht des Eigentümers auf Löschung und auf Umschreibung fast stets auf derselben Grundlage ruht.

Aus allen diesen Erwägungen ergibt sich, daß weit über den Wortlaut des § 1163 hinaus jede in sich formgültige Eintragung die Eigentümerhypothek begründet, wenn das Recht des eingetragenen Gläubigers nicht entsteht oder fortfällt. Diese Auffassung ist auch allein konsequent durchzuführen und bringt die Entwicklung der Eigentümerhypothek erst zum Abschluß. Jede Eintragung, ob bedingt oder unbedingt, ob definitiv oder vorläufig, sichert dem Eigentümer sein Eigentumsrecht, durch Zession oder Vorbehalt wirkliche Hypotheken oder Grundschulden zu schaffen; keine Eintragung kann ihn aber berechtigen, selbst vor den postlozierten Gläubigern zu liquidieren, da ihm nur ein Eigentumsrecht gesichert wird. Das unbeschränkte Liquidationsrecht des Eigentümers wird bei der weiten Ausdehnung des Instituts sich schwerlich durchführen lassen.

d) Würde man sich allein an den Wortlaut des § 1163 halten, so wäre seine Anwendung auf Grundschulden zu verneinen. Eine Grundschuld soll eine Forderung nicht voraussetzen. Es kann daher nicht die Voraussetzung aufgestellt werden, daß die Forderung nicht zur Entstehung gelangt oder erlischt[2]. Für die Grundschuld bestände nur die besondere Vorschrift des § 1196. Dies Resultat erscheint als ein unmögliches. Die Gesetzgebung hat offenbar beabsichtigt, die Grundschuld ganz von Forderung und Rechtsgrund zu lösen, und aus dieser vielleicht unrichtigen Rechtsanschauung die Eigentümergrundschuld weiter auszudehnen als die Eigentümerhypothek. Daß nun anscheinend das Gegenteil erreicht ist, liegt unseres Erachtens gerade in der theoretisch unrichtigen Auffassung der Grundschuld. Dieselbe ist nicht eine Sachhaftung ohne Forderung, sondern ein durch die Sachhaftung gedecktes Forderungsrecht, für welches eine Vermögenshaftung überhaupt nicht existiert oder nicht eingetragen ist[3]. Sobald

[1] Rspr. Bd. 5 S. 390.

[2] Dieser Ansicht sind denn auch Planck und Turnau. Jedoch vermögen sie dieselbe nicht durchzuführen, da sie beim Erlöschen der Forderung durch Zahlung eine Eigentümergrundschuld annehmen.

[3] Der § 1192 versteht unter Forderung u. E. die Forderung im gewöhnlichen Sinne, das durch die Vermögenshaftung gesicherte Forderungsrecht.

der Charakter der Grundschuld richtig bestimmt wird, ergibt sich die entsprechende Anwendung des § 1163 von selbst. Auch die allein durch die Sachhaftung gedeckte Forderung kann nicht zur Entstehung gelangen. Der Eigentümer, welcher nur mit dem Grundstücke haften soll, hat z. B. die Darlehnsvaluta nicht erhalten. Auch die allein durch die Sachhaftung gedeckte Forderung kann erlöschen z. B. durch Zahlung. In beiden Fällen liegen die der Sachhaftung entsprechenden Rechte noch im Eigentum, indem sie aus ihm nicht geschieden oder zu ihm zurückgekehrt sind. Nach der Auffassung des BGB. wird man dem Eigentümer eine Grundschuld zusprechen müssen, da und soweit ein durch die Vermögenshaftung gedecktes Forderungsrecht nicht existiert und daher auf den Eigentümer auch nicht übergegangen sein kann. Aber in materieller Beziehung ist es auch hier gleichgültig, ob dem Eigentümer Hypothek oder Grundschuld zugeschrieben wird. Als Eigentümer hat er die Befugnis, die ihm gegen die nacheingetragenen Gläubiger gesicherten Rechte als Hypothek oder Grundschuld abzutreten, oder bei der Veräußerung sich vorzubehalten. Daraus ergibt sich denn auch die entsprechende Entscheidung der Fälle, welche in Bezug auf die Hypothek ausführlicher behandelt sind. Auch die entsprechende Anwendung des § 1177 wird keinem Bedenken unterliegen. Eine Vereinigung der Hypothek (der Sachhaftung) mit dem Eigentume in einer Person ist auch dann anzunehmen, wenn nur die der Sachhaftung entsprechenden Rechte in das Eigentum zurückgekehrt oder aus ihm nicht geschieden sind.

Korrekter als der § 1192 haben freilich die römischen Juristen das allein durch die Sachhaftung gedeckte Forderungsrecht definiert: remanet propter pignus naturalis obligatio. 1 59 pr. D. 36. 1.



RECHTSWAHRNEHMUNG UND REURECHT.



Von Dr. THEODOR KIPP,
ORD. PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT BERLIN.



Im praktischen Rechtsleben spielen eine bedeutende Rolle Erklärungen mannigfaltiger Art, mittels deren eine Partei gegenüber der anderen ihr Recht verfolgt oder sonst ihre Rechtsstellung wahrt. Dabei ist nicht sowohl an bloße Behauptungen und Bestreitungen, als vielmehr an solche Erklärungen gedacht, welche vom Gesetz mit rechtlicher Erheblichkeit ausgestattet sind. Der Kreis dieser Erklärungen ist groß. In ihn gehören vorbereitende Schritte, wie die Mängelanzeige beim Kauf (BGB. 478), die Anzeige von Verlust oder Beschädigung an den Gastwirt (703), aber auch Willenserklärungen von sehr verschiedenem Inhalt: die Mahnung (284), ihr selteneres Seitenstück, die Abmahnung, so die des Eigentümers, des Verpfänders an den seine Rechte verletzenden Nießbraucher oder Pfandgläubiger (1053, 1054, 1217), oder die des Vermieters gegenüber dem Mieter, der von der Sache einen vertragswidrigen Gebrauch macht (550, 553); verwandt der Mahnung, aber doch verschieden von ihr die Anzeige an den Zeitbürgen, daß man ihn in Anspruch nehme (777), eine Willenserklärung, obwohl im Gewande einer Anzeige; dann die Fristsetzungen, zu denen das BGB. nicht selten eine Partei der andern gegenüber ermächtigt, wie die Setzung einer Frist zur Naturalherstellung gegenüber dem Schadensersatzpflichtigen mit der Erklärung, daß der Gläubiger nach Ablauf der Frist die Herstellung ablehne (250), die Bestimmung einer Frist zur Urteilserfüllung (283), einer Nachfrist gegen den im Verzuge befindlichen Gegner bei gegenseitigen Verträgen (326), beides wiederum mit Androhen der Ablehnung verspäteter Leistung.

Kann man die bisher genannten Erklärungen Beispiele von Angriffserklärungen nennen, so bieten Beispiele für Verteidigungserklärungen etwa die Zurückweisung einer einseitigen Erklärung eines in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten mangels Vorlage schriftlicher Einwilligung des gesetzlichen Vertreters (111; ähnlich 174), die Zurückweisung der Rücktrittserklärung mangels Entrichtung des Reugeldes,

gegen dessen Zahlung der Rücktritt vorbehalten war (359), der Widerspruch gegen die Geltendmachung der Hypothek, weil der Gläubiger nicht den Brief und die sonst erforderlichen Urkunden vorlegt, die Zurückweisung einer Mahnung aus dem gleichen Grunde (1160), die Bestimmung einer Frist zur Ausübung des Rücktrittsrechts mit der Wirkung des Ausschlusses im Falle der Versäumnis der Frist (355). Die Anfechtung in ihrem weitgesteckten Gebiete kann rein defensiven Charakter haben, wenn sie nämlich nur ein Recht des Gegners vernichtet; aber sie kann auch aggressiv sein, insofern sie geeignet ist, dem Anfechtenden einen Anspruch zu verschaffen: wie bei Anfechtung eines Erlaßvertrages, einer Eigentumsübertragung usw. Die Aufrechnung, insofern sie den Anspruch vernichtet, gegen welchen aufgerechnet wird, ist defensiver Natur; insofern sie dem Anspruch Befriedigung verschafft, mit welchem aufgerechnet wird, könnte man sie aggressiv nennen. Defensiv ist die Leistungsweigerung des Einredeberechtigten.

Diese Beispiele werden genügen, um den Kreis von Erklärungen zu kennzeichnen, von dem hier die Rede sein soll. Und zwar gehen wir darauf aus, die wichtige und im BGB. nicht genügend beantwortete Frage zu untersuchen, inwieweit, wer eine derartige Erklärung zur Wahrung oder Verfolgung seines Rechts abgegeben hat, an sie gebunden ist, und inwieweit er imstande ist, von ihr abzugehen, sei es in der Absicht, auf die Vorteile, die sie ihm gebracht hat, rein zu verzichten, sei es in dem Wunsche, sein Recht auf einem andern Wege zu verfolgen, der ihn jetzt der bessere dünkt.

I.

Allerdings gibt es in dem beschriebenen Gebiete von Erklärungen manche, deren definitive, unwiderrufliche Natur ohne weiteres klar erscheint. Dahin gehört die Anfechtung; denn sie vernichtet rückwirkend das anfechtbare Geschäft (142), und folglich kann dieses nur neu errichtet, nicht aber durch Zurücknahme der Anfechtung wieder ins Leben gerufen werden. Freilich hält Dernburg[1] es für praktisch zweckmäßiger, die Zurücknahme einer Anfechtung unter Zustimmung des Anfechtungsgegners anzuerkennen. Tue man dies, so könne man

[1] Dernburg, Das bürgerliche Recht I S. 355.

in der nachträglichen, unter Zustimmung des Anfechtungsgegners erfolgten Bestätigung des angefochtenen Geschäfts eine Zurücknahme der Anfechtung finden und der Bestätigung volle Folge geben, so daß sie nicht als erneute Vornahme des Geschäfts gelte, also nicht der Form der erneuten Vornahme des Geschäfts bedürfe. Was damit für praktisch zweckmäßiger erklärt wird, scheint Dernburg auch als geltendes Recht in Anspruch nehmen zu wollen. Ich glaube aber nicht, daß ihm hierin beigetreten werden kann. Vielmehr ist daran festzuhalten, daß eine Bestätigung nach erfolgter Anfechtung zu spät kommt, auch wenn sie die Zustimmung des Anfechtungsgegners findet. Man kann die vertragsmäßige Bestätigung des anfechtbaren und angefochtenen Geschäfts im besten Falle als eine vertragsmäßige Anerkennung seiner Gültigkeit behandeln. Aber auch dann kommt man vom Standpunkte des geltenden Rechts aus nicht weiter, als daß die Vertragschließenden obligatorisch gehalten sind, einander so zu behandeln, als wäre das Geschäft gültig geschlossen. M. a. W. man käme zu einer an sich nur obligatorischen Wirkung (und zwar auch Rückwirkung) der vertragsmäßigen Bestätigung; dinglich würde die Anerkennung hier wie immer nur wirken können, wenn diejenigen Voraussetzungen dinglicher Rechtswirkung, die außer der Einigung gegeben sein müssen, gegeben sind oder geschaffen werden. Ist jemandem anfechtbar Eigentum an einer beweglichen Sache übertragen, die Anfechtung erfolgt, und soll nun die Eigentumsübertragung vertragsmäßig bestätigt werden, so kann das nur geschehen unter der Voraussetzung, daß der Empfänger noch im Besitze ist (929 S. 2) oder ihm die etwa von ihm bereits zurückgelieferte Sache aufs neue übergeben wird. Und auch dann wird er Eigentümer erst von dem Augenblick der Bestätigung oder vielmehr des Zusammentreffens aller Voraussetzungen der neuen Eigentumsübertragung an; eine dingliche Rückwirkung können die Parteien nicht herbeiführen. Aber nicht nur eine dingliche Wirksamkeit des Bestätigungsvertrages hängt von der Herstellung der vollen Voraussetzungen dinglichen Rechtserfolges ab, sondern auch nach der obligatorischen Seite hin bedarf jener Vertrag der vollen, für das zu bestätigende Geschäft vorgeschriebenen Formen, insbesondere bei einem Vertrage auf Grundstücksübereignung der Form des § 313 BGB. Unter gewissen Umständen freilich kann diese Form erspart werden. Wenn jemand durch betrügerische Vorspiegelungen über den Ertrag seines Hauses einen Käufer für

dasselbe anlockt und nach gerichtlichem oder notariellem Kaufvertrage die Auflassung stattfindet, dann der Käufer, nachdem er sich von dem Minderertrage überzeugt hat, das Kaufgeschäft anficht, so fällt es ihm natürlich nicht ein, die Auflassung anzufechten, weil er damit seine dingliche Sicherheit ohne Not aus der Hand gäbe (er könnte die Auflassung auch gar nicht anfechten). Gesetzt nun, der Verkäufer bewegt den Käufer durch eine Geldabfindung, die Anfechtung zurückzunehmen, so entsteht die Frage, ob es hier des erneuten Vollzuges der Form des § 313 bedarf. Dies ist zu verneinen. Denn wie die nachfolgende Auflassung und Eintragung des neuen Eigentümers den Formmangel des vorangegangenen obligatorischen Kaufgeschäftes heilt, so muß m. E. auch angenommen werden, daß einer zu Recht bestehenden Auflassung und Eintragung ohne weitere Form nachträglich eine obligatorische Grundlage geschaffen werden kann.

Sind wir aber der Ansicht, daß eine Zurücknahme der Anfechtung selbst mit Zustimmung des Gegners rechtlich nicht möglich ist, so müssen wir dasselbe um so mehr behaupten für den Fall, der für unsere Untersuchung der wichtigere ist, nämlich für den Fall der einseitigen Zurücknahme, deren Möglichkeit übrigens auch Dernburg nicht behauptet.

Ebenso kann ein Vertrag, von dem ein Teil rechtmäßig zurückgetreten ist, nur neu geschlossen, der Rücktritt aber nicht einseitig zurückgenommen werden. Dies gilt sowohl dann, wenn noch kein Teil geleistet hatte, der Rücktritt also nur die beiderseitigen Verbindlichkeiten vernichtet hat — denn sie können nach § 305 BGB. nur durch Vertrag wieder ins Leben gerufen werden — wie dann, wenn bereits Leistungen erfolgt waren — denn die entstandenen Rückleistungsverbindlichkeiten können nur durch Vertrag wieder beseitigt werden (397). Entsprechend ist es auch völlig zweifellos, daß eine geschehene Aufrechnung nicht einseitig widerrufen werden kann; denn die einmal gemäß § 389 getilgten Verbindlichkeiten können nur durch Vertrag neu begründet werden.

Unwiderruflich ist auch die Zurückweisung eines einseitigen Rechtsgeschäfts mangels Vorlage der Vollmacht oder der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters (174, 111); denn sie macht jenes Rechtsgeschäft — und zwar rückwirkend — unwirksam, woraus unweigerlich folgt, daß nur möglich ist, es nach Zurücknahme der Beanstandung zu wiederholen, nicht aber die Zurücknahme das Geschäft zu Kräften bringt. Dasselbe gilt von der

Zurückweisung einer Hypothekenkündigung oder Mahnung wegen Nichtvorlegung des Hypothekenbriefs (1160). Alle diese Sätze entfließen dem einfachen und wohl allseitig anerkannten Prinzip, daß ein Rechtsgeschäft, sobald es in Kraft getreten ist, d. h. also im allgemeinen mit Zugang an den Gegner, die ihm eigentümlichen Wirkungen hervorbringt, und die damit geschaffene Rechtslage nur auf eine vom Gesetz anerkannte Weise wieder verändert, durch Widerruf des Rechtsgeschäfts also nur dann aufgehoben werden kann, wenn das Gesetz den Widerruf des Geschäfts besonders zuläßt.

II.

Nun handelt es sich aber bei der in Rede stehenden Gruppe von Erklärungen keineswegs immer um Rechtsgeschäfte. Solche sind nur Erklärungen, die durch ihren Inhalt Rechtsfolgen setzen. Erklärungen anderen Inhalts sind Rechtsgeschäfte auch dann nicht, wenn Rechtsfolgen von ihnen abhängen. Inwieweit solche nicht rechtsgeschäftliche Erklärungen zurückgenommen werden können, bedarf der Untersuchung, und es ist nicht immer auf den ersten Blick klar, ob man es mit einer rechtsgeschäftlichen oder einer nicht rechtsgeschäftlichen Erklärung zu tun hat. Sprechen wir zunächst von den rechtswahrenden Anzeigen und Mitteilungen, die zahlreich im BGB. erscheinen. Hierbei sind drei Gruppen zu sondern. Es kann sich um wirkliche Anzeigen geschehener Tatsachen handeln, aber es kann auch die Anzeige Surrogat dessen sein, was angezeigt wird. So, um ein vorläufiges Beispiel zu geben, im Falle der Anzeige vom Erlöschen einer Vollmacht, falls diese widerruflich ist (170). Endlich kann auch von einer Absicht des Anzeigenden Mitteilung gemacht werden.

In der ersten Gruppe ist Zurücknahme der Anzeige, die keinerlei Dispositivakt enthält, nur in dem Sinne eines Zugeständnisses der Unrichtigkeit ihres Inhalts denkbar. Dem Gast ist Wäsche abhanden gekommen; er macht dem Wirt unverzüglich Anzeige davon. Bei wiederholtem Nachzählen kommt er zu der Ansicht, daß nichts fehlt, und er nimmt daher die erste Anzeige zurück. Damit wird die Anzeige nicht ungeschehen gemacht, es wird, wenn sie der Wahrheit entsprach, der Gastwirt keineswegs durch die Zurücknahme von seiner Haftung ohne weiteres entlastet. Ein negativer Anerkenntnisvertrag über den Anspruch ist nicht geschlossen; ein Vertrag, daß der Gast sich so behandeln lassen wolle, als habe er die

Anzeige nicht erstattet, ist gleichfalls nicht geschlossen; der Gast kann, wenn sich die Anzeige trotz der Zurücknahme schließlich doch als das Richtige herausstellt, seinen Anspruch verfolgen, wenn er nur unverzüglich nach der neubefestigten Überzeugung von dem Verluste die Anzeige wiederherstellt. Im übrigen unterliegt es der Würdigung aus § 254, inwieweit es dem Anspruch des Gastes entgegensteht, daß er durch sein falsches Zugeständnis eine Zeitlang die Nachforschungen unterbrochen hat. Daß unter Umständen nach Parteiwillen die im Einverständnis mit dem Gegner erfolgte Zurücknahme der Anzeige einen Erlaßvertrag darstellen kann, ist natürlich nicht zu bezweifeln.

Ähnlich steht es mit der Zurücknahme der Mängelanzeige beim Kauf. Daß diese Anzeige nicht ein bloßes Erzählen von den Mängeln sein darf, sondern daß aus ihr für den Empfänger klar hervorgehen muß, der Käufer behalte sich seine Rechte wegen des Mangels vor, ist mit Dernburg[1] unzweifelhaft anzunehmen. Damit wird sie aber nicht zu einer Willenserklärung, sondern bleibt eine tatsächliche Anzeige, deren rechtlicher Hintergrund nur deutlich gemacht wird. Ein Widerruf der Anzeige kann also auch seinerseits nicht den Charakter des Widerrufs einer Willenserklärung, sondern nur den eines Zugeständnisses der Unrichtigkeit der Anzeige haben. Ein solches — außergerichtlich abgelegtes — Geständnis kann aber nicht für verbindlich angesehen werden. Also muß man zu dem Ergebnis kommen, daß eine zurückgenommene Mängelanzeige wiederhergestellt werden kann. Die Wiederherstellung muß jedoch vor Ablauf der Verjährung geschehen, um einredeerhaltend im Sinne von § 478 wirken zu können. Ebenso muß sie beim Viehhandel innerhalb der zwei Tage des § 485 erfolgen, wenn sie rechtserhaltend wirken soll. Unter Umständen freilich ist auch hier anzuerkennen, daß die Zurücknahme der Mängelanzeige Ausdruck des Verzichtswillens in bezug auf die Mängelrechte ist; der Verzicht ist aber nur als vertragsmäßiger bindend (397).

Bekanntlich muß der Antragende, wenn die Annahmeerklärung rechtzeitig abgesandt, aber in der Beförderung verspätet ist, falls er dies erkennen mußte, dem Annehmenden die Verspätung der Ankunft der Annahme unverzüglich an-

[1] Dernburg, Das bürgerliche Recht II 2 S. 72 Anm. 10, das Recht VII (1903) S. 137 f.

8*

zeigen. Verzögert er die Absendung dieser Anzeige, so gilt die Annahme als nicht verspätet (149). Kann der Antragende, nachdem die Anzeige dem Annehmenden zugegangen ist, dieselbe widerrufen, sei es, weil wirklich die Annahme rechtzeitig eingetroffen war, sei es, weil er sich nachträglich entschlossen hat, sie als rechtzeitig erfolgt gelten zu lassen? In dem ersten Falle, wenn die Annahme rechtzeitig eingetroffen war, muß die Zurücknahme der irrigen Behauptung, daß sie verspätet sei, zugelassen werden. Man muß freilich bedenken, daß der Annehmende aus der Anzeige herauslesen mußte, der Antragsteller wolle von dem Vertrage nichts wissen, und demgemäß vielleicht andere geschäftliche Dispositionen getroffen hat. Dies reicht aber nicht aus, um den Schluss zu ziehen, daß die unrichtige Anzeige von angeblicher Verspätung der Annahme den Annehmenden von dem Vertrage entbinde. Man müßte sonst zu dem Ergebnis kommen, daß auch jede andere unrichtige Bestreitung der Gültigkeit eines Vertrages dem Gegner das Recht gäbe, den Vertrag als nicht geschlossen zu behandeln. Nur das ist sicher, daß, solange die Bestreitung stehen bleibt, dem Gegner aus der Nichterfüllung des Vertrages kein Vorwurf zu machen ist, insbesondere also kein Verzug eintritt (285), auch wenn dieser sonst ohne Mahnung einträte. Disponiert der Gegner infolge schuldhafter Bestreitung der Gültigkeit des Vertrages über das Vertragsobjekt anderweitig und macht sich so die Erfüllung unmöglich, so ist im gegenseitigen Vertrage zu Lasten des Bestreitenden § 324 anwendbar, denn man muß sagen, daß die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich geworden ist, den der Gläubiger zu vertreten hat. Wird aber die Bestreitung (hier die falsche Anzeige von angeblicher Verspätung der Annahme) zurückgenommen, während res integra ist, so kann der Gegner sich der Vertragserfüllung nicht weigern. Selbstverständlich kann auch der Gegner trotz einer selbst entschuldbaren Bestreitung der Gültigkeit des Vertrages den Annahmeverzug herbeiführen, der Verschulden des Gläubigers nicht voraussetzt; und zwar genügt wörtliches Angebot (295), denn in dem Bestreiten der Existenz des Vertrages liegt natürlich die Erklärung, die Leistung nicht annehmen zu wollen. Anders ist zu entscheiden, wenn die Anzeige von der Verspätung der Annahme der Wahrheit entspricht. Dann ist der Vertrag durch die Verspätung der Annahme gescheitert; das Eintreten der Fiktion des § 149 S. 2 ist durch die Anzeige

definitiv ausgeschlossen, der Vertrag kann nur neu errichtet werden. Ein Widerruf der Anzeige, nachdem sie dem Annehmenden zugegangen ist, ist somit nicht möglich. Danach weist die Anzeige von der Verspätung der Annahme, obwohl in dem Gewande der bloßen Mitteilung, doch sachlich als ein rechtswirksamer Protest gegen das Zustandekommen des Vertrages eine nahe Verwandtschaft zu den Rechtsgeschäften auf.

Eine zweite Gruppe der Anzeigen und Mitteilungen bilden, wie bemerkt, die, deren rechtliche Wirksamkeit von der Wahrheit des Angezeigten unabhängig ist. So ist es in einer ganzen Reihe von Fällen, z. B. bei der Kundmachung der Vollmacht durch besondere Mitteilung oder öffentliche Bekanntmachung (171); sie wirkt, auch ohne daß Bevollmächtigung stattgefunden hat, wie die Bevollmächtigung selbst (171). Die Vollmacht, die durch Erklärung gegenüber einem Dritten erteilt war, bleibt ihm gegenüber in Kraft, bis ihm ihr Erlöschen von dem Vollmachtgeber angezeigt wird (170). Kein Zweifel, daß diese Mitteilung auch dann die Vertretungsmacht dem Dritten gegenüber vernichtet, wenn irgend ein Grund des Erlöschens der Vollmacht sich nicht zugetragen hat. Dieser Satz gilt freilich nur unter der Voraussetzung der Widerruflichkeit der Vollmacht, eine Voraussetzung, die aber bekanntlich sehr regelmäßig zutrifft. Die Mitteilung von dem Erlöschen der Vollmacht ist ebenso eine durchsichtig verschleierte Art ihres Widerrufs (vgl. 168 S. 3, 167 Abs. 1), wie die Kundmachung der angeblich erteilten Vollmacht eine Art der Erteilung der Vollmacht ist. Ebenso ist die Anzeige von der Abtretung einer Forderung im Verhältnis zwischen dem Anzeigenden und dem Schuldner ein Surrogat der Abtretung selbst. Der Anzeigende muß die Abtretung gegen sich gelten lassen, auch wenn sie nicht stattgefunden hat oder nicht wirksam ist (409). Entsprechendes gilt bei der Anzeige des Vermieters von der Übertragung des Eigentums an dem vermieteten Grundstück (576). Anzeigen von solchem Charakter sind durchaus wie Rechtsgeschäfte zu behandeln, und nur insoweit widerruflich, als das Gesetz die Möglichkeit einer Zurücknahme ergibt (vgl. 576, 409, 168, 171). Wir verweilen hierbei nicht länger, weil unter den Anzeigen dieser Art sich solche selten finden, die man als rechtswahrnehmende Akte bezeichnen könnte. Immerhin läßt sich zu den Akten dieser Art die Mitteilung von dem Erlöschen einer Vollmacht rechnen. Auch die Mitteilung des Vermieters von der Eigentumsübertragung hat insofern den Charakter eines rechtswahrnehmenden

Aktes, als der Vermieter den Zweck verfolgt, gemäß § 571 Abs. 2 S. 2 von der Haftung gegenüber dem Mieter loszukommen.

Die dritte in Betracht zu ziehende Gruppe von Anzeigen bilden die Ankündigungen einer auf Rechtsverfolgung gerichteten Absicht des Anzeigenden. Hat sich ein Bürge für eine bestehende Verbindlichkeit auf bestimmte Zeit verbürgt, so wird er nach dem Ablaufe der bestimmten Zeit frei, wenn nicht der Gläubiger die Einziehung der Forderung ohne schuldhaftes Zögern nach näheren Anforderungen des Gesetzes betreibt, und ohne schuldhaftes Zögern nach der Beendigung des Verfahrens gegen den Hauptschuldner dem Bürgen anzeigt, daß er ihn in Anspruch nehme (777). Das Pfandrecht an einer Forderung erstreckt sich auf deren Zinsen. Die Zinsforderungen werden aber mit Ablauf eines Jahres nach Eintritt der Fälligkeit von der Haftung frei, wenn nicht der Gläubiger vorher dem Zinsschuldner anzeigt, daß er von seinem Einziehungsrechte Gebrauch mache (1289, vgl. 1123; s. auch 1124, 1125). Das sind Anzeigen von einer bevorstehenden Rechtsausübung. Sie sind noch nicht das unmittelbare Verlangen des Gehorsams gegenüber dem Gläubigerrechte, nicht das Verlangen der alsbaldigen Leistung, nicht eine Mahnung. Sie zwingen den Anzeigenden natürlich nicht, demnächst von seinem Recht wirklich Gebrauch zu machen.

Die Frage aber, die uns hier beschäftigt, ist die, ob die Anzeige mit der Wirkung einseitig zurückgenommen werden kann, daß alles so angesehen wird, als sei sie niemals erfolgt, also mit der Wirkung, daß die Haftung des Bürgen als erloschen, die Zinsforderung als pfandfrei geworden gilt. Ich glaube, daß diese Frage für den ersten der obigen Fälle zu verneinen ist. Ist die Anzeige einmal rechtzeitig erfolgt, so hat sie die Bürgschaftsverpflichtung gegen den ihr drohenden Untergang gedeckt, und will der Gläubiger den Bürgen entlassen, so muß zum Erlaßvertrage gegriffen werden, wobei natürlich zu beachten ist, daß in der Erklärung, den Bürgen nicht in Anspruch nehmen zu wollen, das Angebot eines solchen Vertrages liegen kann. Wollte man einseitige Zurücknahme mit Wirksamkeit ausstatten, so würde man in Ermangelung einer Zeitgrenze im Widerspruch mit dem, dem Vertragserfordernis beim Erlaß zugrunde liegenden Prinzip für ungemessene Zeit die Existenz der Forderung gegen den Bürgen von dem einseitigen Willen des Gläubigers abhängig machen.

In dem zweiten Falle entzieht sich die Frage, welche Wirkung die Zurücknahme der Anzeige haben würde, der reinen Beantwortung. Denn der Pfandgläubiger kann das Pfandrecht an der Zinsforderung, wie jedes andere, durch einseitige Erklärung aufgeben (1273 Abs. 2, 1255 Abs. 1). Er kann also auch in wirksamer Verzichtsabsicht die Anzeige zurücknehmen, daß er von seinem Einziehungsrechte Gebrauch mache. Das Recht der einseitigen Disposition des Gläubigers über sein Pfandrecht wird aber auch zur Anerkennung des Satzes nötigen, daß der Pfandgläubiger, auch wenn er nicht die positive Verzichtsabsicht hat, durch Zurücknahme der Anzeige das Pfandrecht in die Gefahr des Untergangs mit Ablauf des Jahres zurückgeben kann. Es wird darauf ankommen, ob am Ende des Jahres die Anzeige des Gläubigers, daß er von seinem Einziehungsrechte Gebrauch mache, aufrecht steht.

In gewissen Fällen verlangt das BGB. zur Abwendung der Gefahr des Untergangs eines Rechts, daß dasselbe bei einer bestimmten Gelegenheit vorbehalten wird. Dies ist von der Anzeige der Absicht der Rechtsausübung verschieden. Ist eine Vertragsstrafe für den Fall nicht gehöriger Leistung bedungen, so kann der Gläubiger neben der Erfüllung die Strafe nur dann verlangen, wenn er sich das Recht dazu bei der Annahme der Erfüllung vorbehält (341 Abs. 3). Beim Kauf gehen die Rechte auf Wandelung, Minderung, Schadenersatz wegen arglistig verschwiegener oder einer Zusicherung widersprechender Mängel unter, wenn der Käufer, der einen Mangel bei der Annahme kennt, sich nicht seine Rechte wegen desselben bei der Annahme vorbehält (464). Ähnliches gilt beim Werkvertrage (640). Liegt hier eine Ankündigung der Absicht der Rechtsausübung vor? Ich glaube kaum. Sich seine Rechte vorbehalten, heißt erklären, daß man sie behalten wolle, womit darüber, ob man sie ausüben werde, noch nichts gesagt ist. Der Sinn des Vorbehalts ist: Deckung der Rechte gegen den sonst zu befürchtenden Untergang. Demnach ist der Vorbehalt ein echtes Rechtsgeschäft, welches den Untergang der Rechte abwendet. Sollen sie nach Vollendung der Annahme zum Untergang gebracht werden, so ist Zurücknahme des Vorbehalts dazu kein geeignetes Mittel.

III.

Von den Ankündigungen der Absicht künftiger Rechtsausübung verschieden sind die Erklärungen, welche die gegen-

wärtige Ausübung eines Rechts auf ein Verhalten des Gegners darstellen, die Erklärungen, welche Gehorsam für ein bestehendes Recht dieser Art fordern. Dahin gehört vor allem die Mahnung. Sie ist kein Rechtsgeschäft und zwar deswegen, weil sie nicht durch ihren Inhalt die Folge des Verzuges setzt, sondern ihr Inhalt nur das Verlangen der Befriedigung wegen der Forderung ist. Der Verzug ist auch nicht einmal die unmittelbare Folge der Mahnung. Er tritt erst ein, wenn das Zeitminimum fruchtlos verstrichen ist, welches ausgereicht hätte, die Leistung zu bewirken. Dies ist unzweifelhaft so, trotzdem das Gesetz sagt, wenn der Schuldner auf die Mahnung nicht leiste, so komme er durch die Mahnung in Verzug (284). Damit kommt nur zum Ausdruck, daß mangels Leistung der Verzug von der Mahnung an datiert wird; das ändert aber daran nichts, daß erst das Ausbleiben sofortiger Leistung im Anschluß an die Mahnung den Verzug begründet. Sieht man aber auch die Mahnung als den eigentlichen Grund des Verzuges an, so kann doch kein Zweifel darüber sein, daß er eine gesetzliche Folge der Mahnung ist, die durch ihren Inhalt keineswegs gefordert wird. Aus gleichartigen Erwägungen ergibt sich, daß auch die Abmahnung von rechtswidrigem Verhalten, wie sie dem Eigentümer gegenüber dem Nießbraucher, dem Verpfänder gegenüber dem Pfandgläubiger, dem Vermieter gegen den Mieter zusteht, nicht Rechtsgeschäft ist, trotzdem sich an die Nichtbefolgung Rechtsfolgen: das Recht, die Anordnung einer Verwaltung zu beantragen (1054), die Hinterlegung des Pfandes zu verlangen (1217), das Kündigungsrecht (553) anknüpfen.

Es muß nun grundsätzlich behauptet werden, daß Willenserklärungen, die nach ihrem Inhalt nur Gehorsam für ein bestehendes Recht verlangen, jederzeit mit Wirkung für die Zukunft zurückgenommen werden können. Dies folgt aus dem innersten Wesen des subjektiven Rechts. Mag der Verzicht auf das Recht fremder Zustimmung bedürfen, wie bei der Forderung der Zustimmung des Schuldners, oder mag er ganz ausgeschlossen sein, wie bei dem Anspruch auf künftigen Unterhalt unter Verwandten gerader Linie (1614); das ändert nichts daran, daß die jeweilige Geltendmachung des Rechts ausschließlich im Belieben des Berechtigten steht. Denn die Frage der Verzichtbarkeit ist nur die Frage, in wie weit der Berechtigte sich der Möglichkeit berauben kann, sein Recht auszuüben, auch wenn er es ausüben möchte. Aber sein Recht

gegenwärtig auszuüben, wenn er nicht will, ist der Berechtigte niemals gezwungen, auch dann nicht, wenn er erklärt hat, es ausüben zu wollen. Wer heute erklärt hat, er verlange sein Geld, kann morgen sagen, daß er es nicht, oder zur Zeit nicht, haben wolle, und er beendet damit den Verzug des Schuldners. Aber die Zurücknahme der Mahnung wirkt auch nur für die Zukunft. Die Obligation hebt sie nicht auf. Auch der Anspruch auf das inzwischen aufgelaufene Verzugsinteresse wird durch Zurücknahme der Mahnung nicht getilgt und die Steigerung der Haftung des Schuldners, soviel die Zwischenzeit angeht, nicht aufgehoben. Wenn der Käufer um Ablieferung der Kaufsache gemahnt hat und am folgenden Tage schreibt, der Verkäufer möge die Sache einstweilen noch behalten, die Sache aber zwischen der Mahnung und ihrer Zurücknahme durch Zufall untergegangen ist, so haftet der Verkäufer auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung. Aber für die Zeit nach der Zurücknahme der Mahnung hat der Schuldner kein Verzugsinteresse zu leisten, und für diese Zeit ist seine Haftung in Ansehung des Schuldgegenstandes wieder die normale.

In den Quellen des römischen Rechts ist über diese Dinge freilich nicht alles klar. Scävola (D. XXII, 1, 47) respondierte, daß wenn der Schuldner sich zur Übernahme des Prozesses erbiete, der Gläubiger aber damit zögere, der Schuldner nicht in mora komme. Ich würde nicht wagen, diese Entscheidung auch für das BGB. zu verteidigen. Der Gläubiger, der nicht Mut oder nicht Geld genug hat, um den Prozeß anzufangen, nimmt damit die Mahnung keineswegs zurück und entlastet den Schuldner nicht von den Folgen des Verzuges. Nur dann treten diese Folgen nicht ein, wenn der Schuldner auf eine (vom Standpunkte des fraglichen Schuldverhältnisses aus betrachtet) entschuldbare Weise an die Verbindlichkeit nicht glaubt. Dann aber kommt es auch nicht darauf an, ob er sich zum Prozeß erbietet, und ob der Gläubiger den Prozeß anfängt.

Auch Marcians Ausspruch (D. XXII, 1, 32, 3), daß die mora ausgeschlossen ist, wenn der Gläubiger den Schuldner gemahnt hat, dann aber cum is sui potestatem faceret, omissa esset repetendi debiti instantia, wird gewöhnlich auf das Unterlassen der Klageerhebung bezogen[1]. Es kann aber auch ge-

[1] Mommsen, Beiträge z. Obligationenrecht III S. 322[4], Windscheid II § 281[4].

meint sein, daß der Gläubiger, nachdem sich der Schuldner eingestellt hat, ihn auch mit außergerichtlichem Dringen auf Bezahlung verschont. Unklar bleibt bei dem Satze Marcians, warum angenommen wird, es sei gar kein Verzug eingetreten und nicht vielmehr, der zunächst begründete Verzug sei beendigt worden, da doch zwischen der Mahnung und dem sui potestatem facere (von seiten des Schuldners) ein Zwischenraum liegt. Jedenfalls aber kann sachlich kein Zweifel darüber sein, daß Zurücknahme der Mahnung zur Beendigung des Verzuges geeignet ist; denn sicherlich erlauben die angeführten Stellen, dies zu schließen, obwohl sie es nicht unmittelbar sagen.

Bedenken erregt freilich ein Ausspruch Scävolas. Der gleiche Einfluß, den die einseitige Zurücknahme der Mahnung auf den Verzug hat, muß auch von einem Stundungsvertrage ausgehen. Nun sagt Scävola D. II, 14, 54: Si pactus sum, ne Stichum qui mihi debebatur petam, non intelligitur mora mihi fieri mortuoque Sticho puto non teneri reum qui ante pactum moram non fecerat. Versteht man die Stelle von einem Erlaßvertrage, auf den ihr Wortlaut zunächst zu gehen scheint, so will sie sich gar nicht schicken. Man sieht sich daher gedrängt, sie von einem Stundungsvertrage zu verstehen. Dann ist das Nächstliegende, anzunehmen, daß zwar der Schuldner, der vor der Stundung nicht in mora war, für den Fall des nach dem Paktum erfolgten Todes des Stichus nicht haftet, wohl aber derjenige, der vor dem Paktum bereits in Verzug geraten war. Das Paktum hätte also nach Seite der Gefahr die Wirkungen der mora nicht beseitigt. Diesem Ergebnis suchen die Ausleger mit verschiedenen Mitteln auszuweichen. So Fr. Mommsen[1], indem er in erster Linie annimmt, daß Scävola an den Tod des Sklaven zwischen Beginn der mora und Fristgewährung denkt, eventuell aber, daß die dem Juristen vorliegende Sache (zufällig) eine solche war, in der der Schuldner vor dem Paktum nicht in Verzug geraten war, die Entscheidung aber auch im entgegengesetzten Falle sich nicht ändern würde. Beide Erklärungen können kaum befriedigen. Schon die ältesten Ausleger, die Scholiasten der Basiliken, gehen in der Auffassung der Stelle (Bas. XI, 1, 53) weit auseinander. Ist sie textlich in Ordnung, so kann sie m. E. kaum anders denn als ein Rest der älteren Anschauung (vgl. Paul. D. XLV, 1, 91, 3)

[1] Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht III S. 329f[1].

verstanden werden, welche eine purgatio morae überhaupt nicht anerkannte. Von diesem Standpunkte aus ist sie sogar verständlich, wenn man, worauf der Wortlaut drängt, sie von einem pactum de non petendo in perpetuum versteht. Sie würde dann für diesen Fall sagen, daß der Schuldner, der nicht vor dem Pactum in Verzug geraten ist, durch den Tod des Sklaven ipso iure befreit wird (non tenetur), während der vor dem Paktum in Verzug geratene ipso iure tenetur, vorbehaltlich der (exzeptiven) Wirkung des pactum de non petendo.

Wie dem aber auch sei, so scheint mir jedenfalls vom Standpunkte des BGB. aus nicht bezweifelt werden zu können, daß einseitige Zurücknahme der Mahnung (ebenso wie ein Stundungsvertrag) für die Zukunft den Verzug des Schuldners beendet. Der Schuldner kommt nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat (285). Ist nicht ein solcher Umstand auch der, daß der Gläubiger die Leistung nicht wünscht? Und muß man nicht sagen, daß, was für den Beginn des Verzuges gilt, auch für seine Fortsetzung maßgebend bleibt? Eine unmittelbare Entscheidung unserer Frage enthält das BGB. allerdings nicht; es schweigt über die Beendigung des Verzuges gänzlich. Auch die Motive behandeln die einseitige Zurücknahme der Mahnung nicht, sondern nur die vertragsmäßige Fristbewilligung (II S. 67). Daß mit ihr der Verzug endige, halten sie nur für viele, vielleicht für die meisten Fälle, für richtig. Mir erscheint es als eine unausweichliche Notwendigkeit. Zutreffend ist zwar die Ansicht der Motive, daß der Gläubiger sich bei Fristbewilligung die Fortdauer der strengeren Haftung des Schuldners vorbehalten kann. Dann gründet sich aber diese Haftung nicht auf Fortdauer des Verzuges, sondern auf eine davon unabhängige, bei jedem Schuldverhältnis mögliche Vereinbarung. Fristbewilligung unter Aufrechterhaltung des Verzuges wäre nur eine solche, bei welcher der Gläubiger auch ausbedingt, daß der Schuldner den vollen Schaden der weiteren Verzögerung tragen solle. Das ist aber keine Fristbewilligung mehr, sondern höchstens ein Versprechen der Verschonung mit Klage, welches von der Stundung bekanntlich durchaus verschieden ist.

Wie nach dem vorigen die Mahnung, so kann auch jede andere Erklärung, die Gehorsam für ein Recht auf fremdes Verhalten fordert, einseitig zurückgenommen werden, z. B. kann die Abmahnung des § 550 oder § 1053 mit der Wirkung

widerrufen werden, daß erst auf Grund der Nichtbefolgung einer erneuten Abmahnung zur Klage geschritten werden kann. Denn das ist selbstverständlich, daß die zurückgenommene Mahnung oder Abmahnung jederzeit wiederhergestellt werden kann, weil die Zurücknahme nicht den Verzicht auf das zugrunde liegende Recht enthält, sondern nur die Erklärung, von der Befriedigung desselben einstweilen absehen zu wollen.

IV.

Die aufgestellten Sätze erweisen sich fruchtbar auch zur Überwindung der Schwierigkeiten, welche sich in den nicht seltenen Fällen ergeben, in denen das BGB. jemandem eine Mehrheit von Rechten zur Wahl stellt. Die berühmtesten Erscheinungen dieser Art sind die, welche auf dem Boden der gegenseitigen Verträge bei der nachträglichen Unmöglichkeit einer Leistung oder dem Verzuge einer Partei erwachsen. Um klar zu sehen, ist es nötig, sich einen dieser Fälle mit den verschiedenen vom Gesetz dem Gläubiger gewährten Möglichkeiten genau zu vergegenwärtigen. Nehmen wir die vom Schuldner verschuldete gänzliche Unmöglichkeit einer Leistung. Die Rechte des Gläubigers in diesem Falle gestalten sich bekanntlich dahin:

1) Er kann Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen, d. h. nach herrschender Ansicht: er kann sein Interesse an der unmöglich gewordenen Leistung gegen Entrichtung der vertragsmäßigen Gegenleistung verlangen. Nach anderer Ansicht kann er die Differenz verlangen zwischen seinem Vermögensstande, wie er bei Behalten der Gegenleistung und Nichtempfang der Leistung ist, und wie er sein würde, wenn Leistung und Gegenleistung ausgetauscht würden. Welche dieser beiden Auffassungen die richtige ist, kann hier dahingestellt bleiben.

2) Der Gläubiger kann vom Vertrage zurücktreten und die von ihm etwa bereits entrichtete Gegenleistung mit voller Haftung des Gegners für Verschulden usw. nach Maßgabe des § 347 zurückfordern.

3) Er kann das Verschulden des Gegners ungerügt lassen und die Rechte des § 323 geltend machen, d. h. er kann seine Gegenleistungspflicht verneinen und die etwa bereits erfolgte Gegenleistung nach den Grundsätzen von der ungerechtfertigten Bereicherung wiederfordern.

4) Hat der schuldige Teil an Stelle des Leistungsgegenstandes einen Ersatz oder Ersatzanspruch, so kann der nichtschuldige Teil Abtretung dieses Ersatzes oder Ersatzanspruches fordern, selbstverständlich aber nur gegen die Gegenleistung. Ist der Ersatz oder Ersatzanspruch an Wert der unmöglich gewordenen Leistung nicht gleich, so kann er an Schadensersatz fordern, worum der Schade den abgetretenen Ersatz oder Ersatzanspruch übersteigt. Dann hat er die ganze Gegenleistung zu entrichten; eine andere Auffassung, die Annahme eines Differenzanspruchs, ist in diesem Falle nicht möglich. Der unschuldige Teil kann aber auch, indem er wiederum das Verschulden des Gegners auf sich beruhen läßt, geltend machen, daß sich die Gegenleistung von selbst nach kaufmäßigen Grundsätzen insoweit gemindert hat, als der Wert des Ersatzes oder Ersatzanspruchs hinter dem Wert der unmöglich gewordenen Leistung zurückbleibt.

Wie steht es bei dieser Fülle von Möglichkeiten mit der verbindlichen Kraft der Entscheidung des Berechtigten für das eine oder das andere Recht? Planck[1] hat sich dafür ausgesprochen, daß nicht nur der Rücktritt, sondern auch das Verlangen des Schadensersatzes und die Berufung auf § 323 mit Rücksicht auf Treu und Glauben und die Interessen des Gegners als unwiderrufliche Erklärungen aufzufassen seien. Er hat Beifall gefunden, insbesondere von Kisch und Oertmann[2]. Ich habe schon früher dieser Auffassung widersprochen[3], der sodann auch Schollmeyer[4] und Crome[5] entgegengetreten sind. Die Frage wird, wie mir scheint, durch die Betonung des prinzipiellen Unterschiedes zwischen den grundsätzlich unwiderruflichen Erklärungen von rechtsgeschäftlichem Charakter und den grundsätzlich widerruflichen Erklärungen, welche nur Befriedigung eines Anspruchs fordern, einer sicherern Beantwortung entgegengeführt.

Unwiderruflich ist, wie früher bemerkt, der Rücktritt. Dies erklärt sich aus seiner rechtsgeschäftlichen Natur und den Wirkungen, die ihm zukommen. Das Verlangen des Schadens-

[1] Planck zu § 325 Anm. 2.

[2] Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen S. 158 ff. Oertmann zu § 375 Anm. 4.

[3] Kipp zu Windscheid II § 321 S. 309 c.

[4] Schollmeyer zu § 325 Anm. 5.

[5] Crome, System II S. 183 ff.

ersatzes dagegen ist das Verlangen der Erfüllung eines bestehenden Anspruchs, von dem nach den oben vertretenen Anschauungen der Berechtigte wieder Abstand nehmen kann. Es ist rein willkürlich, ihm den Charakter einer bindenden Wahl beizulegen. Der Sinn der Wahlerklärung bei der Alternativobligation ist: ich will diese Leistung und die andere nicht. Wer aber Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt, hat im Zweifel nicht den Willen, sich des Rücktrittsrechts zu berauben, ohne Rücksicht auf den Erfolg seines Schadensersatzbegehrens. Ihm ist das Recht einzuräumen, von diesem Begehren abzugehen und seine Interessen auf jede ihm dienlich scheinende andere Weise zu verfolgen.

Allerdings, eine gewisse Schranke wird dem ius variandi mit Rücksicht auf Treu und Glauben zu ziehen sein. Aber ich glaube nicht, daß es zur Rechtfertigung des Abgehens vom Schadensersatzanspruch besonderer Umstände von der Art bedarf, wie sie Schollmeyer namhaft macht: der Schuldner, anstatt die Schadensersatzforderung zu befriedigen, vergeudet sein Vermögen und gefährdet dadurch die Bonität der Schadensersatzforderung. Es wird meines Erachtens das ius variandi einzig und allein dann ausgeschlossen, wenn der Schuldner auf das Erfordern der Schadensersatzleistung diese sofort anbietet. Ein weiteres kann durch die Berücksichtigung von Treu und Glauben im Interesse des Schuldners nicht gerechtfertigt werden. Hat der Gläubiger Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung erhoben, so darf nicht mit Crome und Schollmeyer gesagt werden, daß das rechtskräftige Urteil dem ius variandi ein Ziel setzt. Die Stellung, in die sich der Gläubiger durch die Klageerhebung bringt, ist folgende. Sobald die mündliche Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache begonnen hat, kann der Beklagte der Zurücknahme der Klage widersprechen (ZPO. 271). Würde der Kläger so unvorsichtig sein, auf den Schadensersatzanspruch zu verzichten, in der Absicht, nunmehr andere Rechte geltend zu machen, so würde der Beklagte ein abweisendes Urteil erzielen können (ZPO. 306), und es scheint mir unzweifelhaft, daß angesichts eines solchen der Kläger ebensowenig auf eines der andern Rechte greifen könnte, als wenn er außergerichtlich den Schadensersatzanspruch durch Erlaßvertrag beseitigt hätte. Will der Kläger im Prozesse vom Schadensersatzanspruch zur Kondiktion seiner Leistung auf Grund des § 323 oder zur Rückforderung auf Grund nun erklärten Rücktritts übergehen, so ist das

Klageänderung, die aber gemäß ZPO. 264 vom Beklagten nicht mehr absolut verhindert werden kann (Schollmeyer). Allein der Kläger kann auch im Laufe des Prozesses zurücktreten und die Abweisung seiner Klage als einer infolge des Rücktritts nunmehr unbegründeten über sich ergehen lassen, was der demnächstigen Geltendmachung der aus dem Rücktritte folgenden Ansprüche nicht entgegensteht. Ist der Beklagte zur Schadensersatzleistung rechtskräftig verurteilt, so ist meines Erachtens selbst dann noch der Kläger nicht gehindert, den Rücktritt zu erklären. Hierdurch erlischt der Anspruch auf Schadensersatz, und an seine Stelle treten die dem Rücktritt gemäßen Ansprüche. Es liegt darin ein einfacher Vorgang der Änderung der materiellen Rechtslage nach dem Urteil; dem Versuch der Vollstreckung hat der Beklagte durch Klage gemäß ZPO. 767 entgegenzutreten.

Entsprechendes wie von dem Schadensersatzanspruch gilt von dem Verlangen der Abtretung des Ersatzes oder Ersatzanspruchs, den der Schuldner in Händen hat. Hier ist zuvörderst zu beachten, in welchem Verhältnis dieses Verlangen zu dem Schadensersatzanspruch selbst steht. Und darüber ist glücklicherweise dem Gesetz eine sichere Entscheidung zu entnehmen. Wenn § 281 Abs. 2 BGB. bestimmt: „Hat der Gläubiger Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so mindert sich, wenn er von dem in Abs. 1 bestimmten Rechte Gebrauch macht, die ihm zu leistende Entschädigung um den Wert des erlangten Ersatzes oder Ersatzanspruchs", so ist damit nicht gemeint, daß der Gläubiger sich auf den Schadensersatzanspruch anrechnen lassen muß den Wert des Ersatzes oder Ersatzanspruchs, den der Schuldner erlangt hat, sondern der Gläubiger muß sich anrechnen lassen den Wert, den er, der Gläubiger, durch Abtretung seitens des Schuldners erlangt hat. Damit steht fest, daß die Minderung des Schadensersatzanspruchs nicht durch das Verlangen nach dem Surrogat, sondern erst durch die Erfüllung dieses Verlangens eintritt. Treu und Glauben verlangen auch durchaus nicht, daß der Schuldner, der das Verlangen des Gläubigers unerfüllt gelassen hat, sich nachher auf jenes Verlangen sollte berufen können. Treu und Glauben verlangen nur, daß der Gläubiger nicht zurückspringt, wenn der Schuldner das verlangte Surrogat sofort anbietet. Den letzten Satz könnte man unmittelbar durch Hinweis auf die Rechtsregeln über den Vertragsantrag stützen wollen. Allein man kann in dem

ausgesprochenen Verlangen des Gläubigers nach Abtretung des Surrogats einen Vertragsantrag nicht erblicken. Man würde auch bei Anwendung jener Vorschriften zu einem nicht wohl annehmbaren Ergebnis kommen. Denn der Vertragsantrag erlischt, wenn er nicht rechtzeitig angenommen wird, von selbst in der Art, daß er nicht mehr angenommen werden kann. In unserem Falle aber wird man nicht sagen wollen, daß das Verlangen der Abtretung des Ersatzes von selbst erlischt, wenn es eine Zeitlang unerfüllt geblieben ist, sondern man kann nur behaupten, daß es in diesem Falle widerrufen werden kann. Genau ebenso ist für den umgekehrten Fall zu entscheiden, den Fall nämlich, daß der Gläubiger zuerst Schadensersatz fordert und dann Abtretung des Ersatzes oder Ersatzanspruchs begehrt. Das Recht hierzu ist ihm zuzusprechen, wenn nicht der Schuldner auf das Schadensersatzverlangen hin sofort den Schadensersatz anbietet. Nicht anders aber ist auch das Verhältnis des Anspruchs auf Abtretung des Ersatzes zu den übrigen Rechten des Gläubigers zu bestimmen. Nur die sofortige Abtretung gemäß dem gestellten Verlangen schneidet dem Gläubiger das Rücktrittsrecht ab und weist ihn darauf an, den etwaigen weitergehenden Schadensersatz nachzufordern oder wegen Minderwertigkeit des erlangten Ersatzes die Minderung der Gegenleistungspflicht geltend zu machen.

Nun aber bedarf noch der Beantwortung die Frage, inwiefern die Berufung des Berechtigten auf § 323 ihn bindet. Wir denken dabei zunächst an die Berufung auf das Erlöschen der Leistungspflicht. Hier ist ein doppeltes Verhältnis ins Auge zu fassen, nämlich zu dem Schadensersatzanspruch und zu dem Rücktritt. Ich habe früher angenommen, daß die Berufung auf § 323 den Schadensersatzanspruch ohne weiteres ausschließe. Das läßt sich aber nur aufrecht erhalten für den Fall, daß der Berechtigte seinerseits aus dem Vertrage noch nicht geleistet hat. Denn in diesem Falle kann die Berufung auf § 323 niemals ohne praktischen Erfolg sein. Zugleich ist zu beachten, daß die Berufung auf das Erlöschen der Leistungspflicht und der Rücktritt, wenn der Berechtigte noch nichts geleistet hat, auf ein und dasselbe hinauslaufen. Hat aber der Berechtigte seine Leistung aus dem Vertrage bereits bewirkt, so gestaltet sich die Berufung auf § 323 zu dem Verlangen der Rückleistung nach Maßgabe der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung. An dieses Verlangen

ist der Berechtigte nur bei sofortigem Erbieten des Gegners zur Erfüllung gebunden. Andernfalls kann der Berechtigte auf die Rüge des Verschuldens des Gegners zurückkommen und nun entweder Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern, oder zurücktreten und die Rückgewähr seiner Leistung in der strengeren Art des § 347 verlangen.

Von den aufgestellten Prinzipien: grundsätzliche Unwiderruflichkeit rechtsgeschäftlicher Erklärungen, grundsätzliche Widerruflichkeit gehorsamfordernder Erklärungen in Ermangelung sofortigen Gehorchens des Gegners ist auch in andern Fällen bei Prüfung der Frage auszugehen, inwiefern ein auf die Ausübung des einen Rechts gerichteter Schritt geeignet ist, den Berechtigten eines zweiten Rechts zu berauben. Unter Umständen greifen besondere Vorschriften ein. Aber selbst dann ist die Hilfe jener allgemeinen Sätze nicht selten willkommen. Wenn der Gläubiger die Leistung des Geschuldeten verlangt, so vergibt er seinem Rechte auf die wegen Nichtleistung geschuldete Vertragsstrafe nichts, während das einmalige Verlangen der Vertragsstrafe das Recht auf Erfüllung vernichtet (340). Man muß aber behaupten, daß der Gläubiger, der Erfüllung verlangt, die daraufhin sofort angebotene Erfüllung auch annehmen muß.

Wenn die Leistung im Falle des Verzuges für den Gläubiger kein Interesse hat, so kann er nach § 286 BGB. unter Ablehnung der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Hat ein Gläubiger nach Beginn des Verzuges noch die Erfüllung verlangt, aber nicht erhalten, so kann er ungehindert unter Berufung auf sein mangelndes Interesse die Leistung noch ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Gleichgültig ist dabei, ob die Umstände, aus denen er den Mangel seines Interesses an der Leistung ableitet, zur Zeit des Verlangens der Leistung schon vorlagen oder nicht, dem Gläubiger bekannt oder unbekannt waren. Der Gläubiger kann, auch wenn er jene Umstände kennt, sich mit der Erfüllung zufriedengeben wollen; aber nichts berechtigt den Schuldner, den Gläubiger dabei festzuhalten, wenn er nicht sofort das Verlangte geleistet hat. Umgekehrt bindet den Gläubiger das Verlangen des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung nicht, wenn nicht sofort der Schadensersatz geleistet wird; der Gläubiger kann vielmehr, wenn die sofortige Leistung ausbleibt, die Behauptung mangelnden Interesses an der Erfüllung jederzeit fallen lassen und auf Erfüllung bestehen.

Ebenso ist im Falle der Verletzung einer Person oder der Beschädigung einer Sache sowohl das Verlangen der Herstellung, wie das des dazu erforderlichen Geldbetrages (249) für den Gläubiger nicht verbindlich, wenn nicht der Schuldner sofort die verlangte Leistung anbietet.

Allgemein kann im Falle der Schadensersatzpflicht der Gläubiger dem Verpflichteten eine angemessene Frist zur Herstellung bestimmen mit der Erklärung, daß er die Herstellung nach dem Ablauf der Frist ablehne (250). Erst der fruchtlose Ablauf der Frist ruft hier den Anspruch auf Geldersatz ins Leben und vernichtet den Anspruch auf Herstellung. Während Laufes der Frist ist der Gläubiger nicht daran gehindert, den Anspruch auf Herstellung zu verfolgen. Der siegreiche Kläger, der die Erfüllung des Urteils verlangt oder die Zwangsvollstreckung eingeleitet hat, ist damit selbstverständlich nicht der Möglichkeit beraubt, gemäß § 283 eine Frist zur Erfüllung des Urteils zu bestimmen mit der Erklärung, daß er die Annahme der Erfüllung nach Ablauf der Frist ablehne. Nimmt der Gläubiger die Fristsetzung vor, so liegt darin keineswegs eine Stundung bis zum Ablauf der Frist oder die Einräumung der freien Wahl, ob der Schuldner innerhalb der Frist erfüllen oder nach Ablauf der Frist Schadensersatz in Gelde leisten wolle; der Gläubiger kann während Laufes der Frist Zwangsvollstreckung aus dem Urteil betreiben. Im Falle des Verzuges einer Partei im gegenseitigen Vertrage ist die andere Partei, wenn sie zur Fristsetzung gemäß § 326 geschritten ist, ebenfalls nicht darauf angewiesen, das Ergebnis geduldig abzuwarten, sondern sie kann während Laufes der Frist alle Schritte zur Beitreibung der geschuldeten Leistung tun; erst nach Ablauf der Frist ist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen. Die einmal gesetzte Frist kann aber der Gläubiger nicht mehr einseitig zurücknehmen. Er kann nichts daran ändern, daß sein Anspruch mit fruchtlosem Ablauf der Frist in einen Anspruch auf Geldersatz umschlägt (woneben im Falle des § 326 noch das Rücktrittsrecht steht). Die Fristsetzung ist ein Rechtsgeschäft, eine ihrem Inhalt zufolge bedingt rechtsändernde Erklärung, wenn auch die Rechtsfolgen, die sie herbeiführt, nur in einer etwas verschleierten Form, der Androhung der Ablehnung der Leistung, zum Ausdrucke kommen.

V.

Wir sind davon ausgegangen, daß die ihrem Inhalt nach nur gehorsamfordernden Erklärungen grundsätzlich von dem Berechtigten für die Zukunft zurückgenommen werden können. Diesen Erklärungen ist antiparallel die gehorsamweigernde Erklärung des Einredeberechtigten, auch sie kann beliebig abgegeben und zurückgenommen werden.

Wir wissen, daß das BGB. den bisherigen Begriff der Einrede im materiellen Sinne des Worts festhalten und ihn nur schärfer ausprägen wollte, indem es die Einrede als ein Recht konstruierte, die Leistung zu verweigern. Die gemeine Meinung geht nun gewiß dahin, daß die außergerichtliche Geltendmachung einer Einrede keinerlei rechtsverändernden Charakter hat. Sie ist anzusehen als die Ausübung des Weigerungsrechts, wie die Mahnung Ausübung des Anspruchs ist. Der Einredeberechtigte kann sich der Erfüllung weigern, so oft sie von ihm verlangt wird; er kann im voraus aussprechen, daß er sich weigern werde, wenn dieses Verlangen an ihn herantreten sollte; aber der Anspruch besteht als ein einredebehafteter wie zuvor, mag der Einredeberechtigte sich noch so oft geweigert haben, ihm gerecht zu werden. Dem gegenüber ist neuerdings die Ansicht verfochten worden, daß die einmalige, wenn auch außergerichtliche Verweigerung der Leistung auf Grund einer peremtorischen Einrede den Anspruch anfechtungsgleich mit rückwirkender Kraft vernichte. Für die gerichtliche Geltendmachung der Verjährungseinrede hatte schon Heymann[1] vom Standpunkte des früheren Rechtes aus Ähnliches behauptet. Hölder[2] hat in seinem Kommentar für alle peremtorischen Einreden und auch für deren außergerichtliche Geltendmachung die bezeichnete Auffassung scharf formuliert. Vor allem hat sie Hellwig[3] wiederholt eingehend verteidigt. Hölder[4] aber hat sie in einer Kritik von Hellwigs Anspruch und Klagerecht für die außergerichtliche Geltendmachung der Einrede ebenso scharf verworfen,

---

[1] Heymann, Das Vorschützen der Verjährung, Breslau 1895 (bes. S. 154 ff.).

[2] Hölder, Allgem. Teil S. 406 f.

[3] Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 11 ff. Lehrb. d. Zivilprozessr. I S. 248 ff.

[4] Hölder, Zeitschr. f. deutsch. Zivilproz. XXIX S. 72 ff. S. auch denselben Arch. f. zivil. Prax. LXXXXIII S. 74.

wie er sie früher hingestellt hatte. Neuestens ist auch Siber[1] in eingehender Ausführung gegen Hellwig aufgetreten.

Hellwig glaubt seine Auffassung in den Motiven des ersten Entwurfs zum BGB. wieder zu finden. Dabei ist aber ein Auslegungsversehen untergelaufen. An der fraglichen Stelle der Motive (II. S. 882) ist davon die Rede, daß die condictio indebiti auch dann begründet ist, wenn der Schuldner auf eine Forderung geleistet hat, der eine peremtorische Einrede entgegenstand. Die Motive sagen dazu:

„Die mit einer peremtorischen Einrede behaftete Forderung ist, wenn der Schuldner die Einrede dem Gläubiger gegenüber geltend macht, so anzusehen, als ob sie nie bestanden hätte."

Dabei ist das Präsens höchst charakteristisch. Um im Sinne Hellwigs verwertet werden zu können, müßte der Passus dahin gefaßt sein: Wenn der Schuldner dem Gläubiger gegenüber die Einrede einmal geltend gemacht hat, so ist die Forderung anzusehen, als hätte sie nie bestanden. Das aber steht eben nicht da, und damit entfällt die Beweiskraft der Stelle für Hellwigs Anschauung. Es wäre auch sehr sonderbar, wenn die Motive im zweiten Bande die Auffassung Hellwigs hätten proklamieren wollen, nachdem sie am Sitze der Materie im ersten Bande (S. 360) eine durchaus entgegengesetzte Auffassung vertreten hatten. Sie stellen dort zwar das Anfechtungsrecht mit dem Einrederecht in Vergleichung, fügen aber hinzu:

„Das letztere unterscheidet sich von dem ersteren dadurch, daß die Anfechtung ein einseitiges, den Anfechtenden bindendes Rechtsgeschäft ist, welches sowohl im Prozesse wie außerhalb desselben erfolgen kann, sowie dadurch, daß mit der Anfechtung der Anspruch aufgehoben ist, während die Einrede nur im Prozesse mit Erfolg geltend gemacht werden kann und sich nicht gegen den Bestand des Anspruchs, sondern nur gegen dessen Durchführung richtet."

Die von Hellwig verteidigte Möglichkeit, den Anspruch durch außergerichtliche Geltendmachung der Einrede zu vernichten, wird also von den Motiven so deutlich wie möglich geleugnet. Hiermit ist die Sache natürlich keineswegs abgetan, um so weniger, als die Motive darin unzweifelhaft irren (oder wenigstens auf die Gestaltung der Einrede im BGB. nicht passen), daß sie die außergerichtliche Geltendmachung der Einrede überhaupt nicht als rechtlich erheblich ansehen.

[1] Siber, der Rechtszwang im Schuldverhältnis. Leipzig 1903 S. 143 ff.

Die Ausdrucksweise, deren sich das Gesetz zur Umschreibung der peremtorischen Einrede bedient, ist: Einrede, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen wird (813. 886 usw.). Hellwig (Zivilprozeß I S. 151) legt dies dahin aus, daß durch den Gebrauch der Einrede die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen werde; allein mir scheint, wenn irgend etwas, so das sicher zu sein, daß das Gesetz der bloßen Existenz des Einrederechts diese Funktion beilegt. Durch den Gebrauch der Einrede soll ja auch nach Hellwigs eigener Meinung nicht die Geltendmachung des Anspruchs ausgeschlossen, sondern dieser selbst vernichtet werden und zwar rückwirkend. Die Redeweise des Gesetzes stimmt also mit Hellwigs Ansicht in keinem Falle überein. Im § 2318 BGB. findet Hellwig (S. 253) eine Bestätigung seiner Ansicht insofern, als dort als Inhalt einer Einrede bestimmt werde, der Schuldner könne seine Schuld kürzen, d. h. teilweise aufheben. Diese Auslegung ist aber ohne Grund; kürzen heißt dort nichts als: die Erfüllung teilweise verweigern.

Hellwigs wesentlichster Grund ist dem Prozeßrecht entnommen. Hellwig sagt (Zivilprozeß S. 249): wenn die peremtorische Einrede im Prozesse geltend gemacht wird, so ist der Erfolg die Abweisung der Klage in der Sache selbst. Das ist aber die Feststellung, daß der Anspruch nicht besteht. Also muß die Abweisung aus dem materiellrechtlichen Grunde erfolgen, daß durch die Leistungsverweigerung der Anspruch aufgehoben ist. Und was für die gerichtliche Leistungsverweigerung gilt, das muß auch für die außergerichtliche gelten: sie muß den Anspruch vernichten. Dieser Argumentation kann nicht beigetreten werden. Das klagabweisende Urteil, welches bei Geltendmachung der Einrede ergeht, ist zunächst doch nur die Zurückweisung des Antrages auf Erlaß eines staatlichen Leistungsbefehls zur Durchführung des behaupteten Anspruchs. Der Prozeß hat für das Gebilde des bestehenden, aber durch Einrede gehemmten Anspruchs kein selbständiges Organ. Der nicht entstandene, der untergegangene Anspruch und der Anspruch, dem der Beklagte kraft Einrederechts den Gehorsam verweigern kann und verweigert, stehen vielmehr im prozessualen Endergebnis einander mit Notwendigkeit gleich. Wenn es privatrechtlich einen Sinn hat, zwischen einem nicht vorhandenen und einem einredebehafteten Anspruch zu unterscheiden — das BGB. geht hiervon unzweifelhaft aus — und wenn dieser Unterschied im Prozesse sich insofern geltend macht, als der Richter die Ein-

rede nur berücksichtigen darf, wenn der Beklagte dies als seinen Wunsch zu erkennen gibt — dies ist die Grundanschauung des BGB., die für unsern Zweck nicht weiter zu kritisieren ist — so besteht doch für das Urteil nur ein Entweder—Oder. Entweder der staatliche Befehl zur Bezahlung von 1000 Mk. ergeht, oder er ergeht nicht. Ihn zu erlassen unter Vorbehalt des Rechts der Gehorsamsverweigerung auf Grund eines Weigerungsrechts, das im Prozesse geltend gemacht werden konnte und geltend gemacht ist, wäre gar zu unzweckmäßig, als daß das Recht sich darauf einlassen sollte. Die Vorbehaltsurteile, die unser Zivilprozeß kennt, beruhen auf dem Ausschluß der vorbehaltenen Verteidigungsmittel aus dem dem Urteil vorangehenden Verfahren. Ist die Klage auf Grund der peremtorischen Einrede abgewiesen und das Urteil rechtskräftig, so steht der erneuten Geltendmachung des Anspruchs die Rechtskraft des Urteils entgegen, nicht weil feststeht, daß der Anspruch durch Erhebung der Einrede untergegangen ist — wie Hellwig will —, sondern vielmehr ohne daß darnach zu fragen ist, ob die Abweisung wegen Nichtentstehung, wegen Unterganges oder wegen einer geltend gemachten peremtorischen Einrede erfolgt ist. Wenn aber nach der Organisation des Prozesses das Nichtleistenmüssen und das Zwarleistenmüssen aber Sichweigernkönnen bei der Leistungsklage im Ergebnis notwendig auf dasselbe hinausläuft, so beweist das nichts in bezug auf die Bedeutung außergerichtlicher Leistungsweigerung. Es ist und bleibt eben ein großer Unterschied, ob auf die Leistungsweigerung ein rechtskräftiges Urteil zu ungunsten des Anspruchs erfolgt ist oder nicht. Das Endgültige, das der Sache im Falle der rechtskräftigen Abweisung auf Grund der Geltendmachung einer Einrede anhaftet, ist Folge der Rechtskraft des Urteils, nicht der einmaligen Geltendmachung der Einrede.

Hellwig (Zivilpr. S. 252) zieht aus seiner Auffassung auch die Folgerung, daß der Schuldner, dem eine peremtorische Einrede zusteht, nachdem er einmal die Leistung verweigert hat, auf Feststellung der Nichtleistung des Anspruchs klagen könne. Ich glaube statt dessen mit Siber, daß der Schuldner, mag er die Leistungsweigerung schon ausgesprochen haben oder nicht, sein Einrederecht — und nichts weiter — gerichtlich feststellen lassen kann.

Die Ausübung des Einrederechts, die Weigerung, ist, wir wiederholen es, jederzeit frei widerruflich. Wer sich heute

der Erfüllung geweigert hat, kann morgen die Weigerung fallen lassen, wie derjenige, der heute gemahnt hat, morgen die Annahme der Leistung ablehnen kann. Fraglich kann sein, inwieweit die Weigerung der ausdrücklichen Bezugnahme auf das Einrederecht überhaupt bedarf. Hier ist grundsätzlich davon auszugehen, daß die Rechtsausübung von richtigen Vorstellungen über den Grund des Rechts nicht getragen zu sein braucht, noch weniger der Berechtigte die richtigen Gründe für sein Recht anführen muß. Wer mahnt, muß nur das Forderungsrecht individuell erkennen lassen, aus dem er mahnt, aber es ist gleichgültig, ob er es richtig begründet. Für die Geltendmachung der Einrede ist nichts weiter erforderlich, als daß kein Zweifel darüber ist, gegen welches Ansinnen die Weigerung sich richtet — und solcher Zweifel wird regelmäßig vollständig ausgeschlossen sein — nicht aber ist erforderlich, daß die Weigerung auf einen Einredegrund, und zwar den richtigen, ausdrücklich gestützt wird. Daß das BGB. von dieser Anschauung ausgeht, wird meines Erachtens dadurch bewiesen, daß nirgends von dem Einredeberechtigten verlangt wird, daß er „aus diesem Grunde“ die Leistung zu verweigern habe, während in den Fällen der Zurückweisung einer gegnerischen Erklärung wegen gewisser Mängel (111. 174. 1160) mit jenen Worten die ausdrückliche Bezugnahme auf den Zurückweisungsgrund verlangt wird. Es wird nicht behauptet, daß hierin ein Unterschied der Einrede gegenüber der Anfechtung liegt. Denn auch die Anfechtung verlangt nichts weiter, als daß der Anfechtungsberechtigte den Willen zu erkennen gibt, das angefochtene Rechtsgeschäft nicht gelten zu lassen; es ist nicht nötig, daß er dies zutreffend begründet. Jedenfalls aber liegt darin ein großer Unterschied der Geltendmachung einer Einrede gegenüber der Anfechtung, daß jene nicht wie diese ein — einseitiges, empfangsbedürftiges — Rechtsgeschäft ist. Die Vollmacht zum Einkassieren müßte nicht notwendig die Vollmacht zum Anhören der Leistungsweigerung einschließen, wenn diese ein Rechtsgeschäft wäre. Und doch wird niemand bezweifeln, daß der einredeberechtigte Schuldner unter allen Umständen sich rechtmäßig der Leistung demjenigen gegenüber weigert, der die Forderung geltend zu machen bevollmächtigt ist.

Wie fern das BGB. der Theorie Hellwigs steht, geht deutlich aus einer Reihe von Vorschriften hervor, die freilich Hellwig als eine Bestätigung des von ihm vertretenen Rechtsge-

dankens ansieht, deren Beweiskraft *gegen Hellwig* aber schon *Siber* zutreffend hervorgehoben hat. Nach § 886 BGB. kann derjenige, dessen Grundstück oder dessen Recht von einer Vormerkung betroffen ist, von dem Gläubiger die Beseitigung der Vormerkung verlangen, wenn ihm eine peremtorische Einrede zusteht. Nach *Hellwig* könnte der Belastete dem Berechtigten gegenüber sich einmal außergerichtlich weigern, den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch zu erfüllen; dann wäre dieser Anspruch erloschen, und es wäre ganz selbstverständlich, daß die Beseitigung der Vormerkung verlangt werden könnte. Daß dies Verlangen berechtigt ist, wenn der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch nicht besteht, spricht das Gesetz nirgends aus; für des Ausdrucks bedürftig sieht es nur an, daß die Beseitigung der Vormerkung verlangt werden kann, wenn der Anspruch *zwar besteht, aber* eine peremtorische Einrede gegen ihn begründet ist. Das Gesetz handelt hier vom Standpunkte der einmal angenommenen Einredetheorie aus ganz folgerichtig; aber es hätte nicht so handeln können, wenn es der Ansicht gewesen wäre, daß durch einmalige Leistungsweigerung der einredebehaftete Anspruch zu einem nichtexistierenden würde. Denn in diesem Falle wäre die Vorschrift des § 886 nicht nur überflüssig, sondern irreführend, eine Verschleierung der wahren Ansicht des Gesetzes von der Geltendmachung der Einrede. In gleicher Art widerspricht der Theorie *Hellwigs* auch § 1254 BGB. Es wäre vom Standpunkte *Hellwigs* aus nicht nötig, den Verpfänder zu ermächtigen, daß er auf Grund peremtorischer Einrede die Herausgabe des Pfandes verlangen kann, woraus dann die Vernichtung des Pfandrechts folgt (1253), sondern ihm wäre einfach zu sagen: vernichte durch Leistungsweigerung die Pfandforderung und damit das Pfandrecht (1252) und fordere dann die Sache zurück, weil das Pfandrecht erloschen ist.

Freilich glaubt *Hellwig* (Zivilprozeß I S. 253) von seinem Standpunkte aus die besprochenen Vorschriften als berechtigte verteidigen zu können. Er sieht ihre Besonderheit darin, daß der Einredeberechtigte nicht zu warten brauche, bis die Leistung gefordert werde, sondern vielmehr sofort die Rechtsfolgen geltend machen könne, die auf Grund des Gebrauchs der Einrede entstehen, während im *allgemeinen* die Einrede *erst* geltend gemacht werden könne, wenn die Leistung gefordert werde. Die Möglichkeit dieses Auswegs ist zuzugeben, obwohl, wenn man die Geltendmachung

der Einrede anfechtungsartig auffaßt, nicht recht einzusehen ist, weshalb der Schuldner nicht grundsätzlich imstande sein sollte, die Vernichtung des Anspruchs auch ohne dessen vorherige Geltendmachung herbeizuführen. Hellwig glaubt (Zivilprozeß I S. 248 f.), daß trotz Existenz eines Einrederechts vor wirksamer Geltendmachung der Einrede der Anspruch seine gewöhnliche Wirksamkeit entfalte, die Mahnung Verzug begründe, die Vertragsstrafe verfalle, die Ausübung eines wegen des Anspruchs zustehenden Wahlrechts wirksam sei usw., nur werde dies alles mit wirksamer Geltendmachung der Einrede rückwirkend vernichtet. Nach meiner Ansicht ist das sicherlich unzutreffend; es kann, wenn dem Anspruch eine Einrede entgegensteht, wie schon im gemeinen Recht, Verzug nicht eintreten und Vertragsstrafe nicht verfallen. Aber wenn Hellwigs Ansicht richtig wäre, so würde Verzug trotz Existenz eines Einrederechts bei Eingreifen des § 284 Abs. 2 auch ohne Mahnung begründet werden, und ebenso die — vom Verzuge abhängige (339) — Vertragsstrafe verfallen. Auch müßte trotz eines Einrederechts das Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung (360, 361) begründet werden. Wenn nun der Gläubiger die Vertragsstrafe wegen Nichterfüllung forderte oder zurücktreten wollte, ohne jemals die Leistung selbst gefordert zu haben, so würde Hellwig sicherlich zugeben, daß der Schuldner sich durch Geltendmachung der Einrede gegen solche Folgen wehren könnte. Er hätte damit aber zugegeben, daß die Geltendmachung der Einrede ohne Einforderung der Leistung immer möglich ist, wenn das Interesse des Schuldners es verlangt, und zwar ohne daß das Gesetz dies sagt; es bliebe also immerhin auffällig genug, daß in den §§ 886, 1254 das BGB. dahingehende besondere Vorschriften aufstellte.

Jedenfalls aber ist § 1169 BGB. mit Hellwigs Theorie auf keine Weise zu vereinigen. Auf Grund peremtorischer Einrede gegen die Hypothek kann verlangt werden, daß der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet, die dann nach § 1168 an den Eigentümer fällt. Das Gesetz gewährt hier dem Einredeberechtigten zweifellos weniger, als es ihm nach Hellwigs Ansicht gewähren müßte. Nach jener Ansicht müßte durch einmalige Leistungsweigerung die Hypothekforderung erlöschen und zwar mit Rückwirkung auf die Zeit der Begründung der Einrede. Von da an müßte nach § 1163 die Hypothek als dem Eigentümer zustehend betrachtet werden. So ist es aber im Falle der peremtorischen Einrede nach Inhalt des

Gesetzes zweifellos nicht, sondern die Hypothek fällt erst vom Augenblick des Verzichts an den Eigentümer.

Zutreffend macht Siber weiter geltend, daß die Ansprüche auf Aufhebung eines Anspruchs, dessen Erlangung eine ungerechtfertigte Bereicherung darstellt, oder der durch unerlaubte Handlung erlangt ist (812, 853), vom Standpunkte Hellwigs aus nicht berechtigt sein würden. Denn da gegen derartige Ansprüche der Schuldner eine Einrede hat (821, 833), so müßte er nach Hellwig im stande sein, jene Ansprüche selbst durch einmalige Weigerung der Erfüllung zu vernichten. Hellwig könnte freilich die Gewährung des Aufhebungsanspruchs wiederum damit begründen, daß die Vernichtung des Anspruchs durch Leistungsweigerung die vorherige Einforderung der Leistung voraussetze. Es ist aber schon oben ausgeführt, daß diese Annahme in sich unhaltbar wäre.

Noch läßt sich folgendes hinzufügen: Im § 2083 bestimmt das BGB., daß, wenn eine anfechtbare letztwillige Verfügung eine Verpflichtung begründet (Vermächtnis, Auflage), der Verpflichtete die Erfüllung auch dann verweigern kann, wenn er die Anfechtungsfrist (2082) versäumt hat. Wäre die Leistungsweigerung gleich der Anfechtung geeignet, den Anspruch rückwirkend zu vernichten, so wäre jene Bestimmung höchst seltsam; denn das Gesetz hätte dann besser getan, auszusprechen, daß das Recht der Anfechtung einer auf letztwilliger Verfügung beruhenden Verpflichtung überhaupt an keine Frist gebunden ist. Es hätte weiterhin keinen Anlaß gehabt, die Anfechtung einer Auflage ausschließlich an die Adresse des Nachlaßgerichts zu verweisen (2081 Abs. 3), wenn es von der Ansicht ausgegangen wäre, daß die — einem Auflageberechtigten gegenüber erklärte — Leistungsweigerung in der Wirkung der Anfechtung gleichstehen sollte.



DER QUITTUNGSTRÄGER.

Von

Dr. HUGO KEYSSNER,
GEH. JUSTIZRAT, KAMMERGERICHTSRAT A. D. ZU BERLIN.

Mit freudigem Blick in die Zukunft nahm ich damals den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich in die Hand; in Dankbarkeit für die dargebotene auch noch fernerweit offenliegende Belehrung habe ich die Motive zu dem Entwurfe durchgelesen und benutzt; aus dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche sah ich unter dem Gebot des BGB. und der Beobachtung des Verkehrs das neue HGB. mit seinen zwei Denkschriften entstehen; gern nahm ich von deren wechselnden Ansichten Kenntnis; auch die Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB. sind mir bei deren sorgfältigen Anführungen in den mannigfachen, mit mehr oder minder selbständigen Erläuterungen ausgestatteten Ausgaben des BGB. nicht entgangen, ohne mich eines neben sonstiger Tätigkeit allzu zeitraubenden Durchlesens rühmen zu können. Ich habe das Glück gehabt, nachdem ich bereits am 24. Oktober 1849 als Auskultator in den preußischen Justizdienst getreten war, noch in pflichtgemäßer Amtstätigkeit von den mit dem 1. Januar 1900 in Kraft getretenen deutschen Reichsgesetzen Kenntnis zu nehmen und sie anzuwenden.

Wenn ich zurückblicke, so sind alte Satzungen in die rechtsgeschichtliche Vergangenheit entschwunden, andere im Kampf zur notwendigen Herstellung der Rechtseinheit unterlegen, manche aus der noch nicht gefestigten Rechtsprechung zu einer sicheren Gesetzgestaltung gelangt, andere dagegen schwanken im ängstlichen Werdegange der zeitlichen Verhältnisse bei dem durch Kurzsichtigkeit und neidischen Eigennutz getrübten Rechtsgefühl schädigend hin und her; zahlreiche Satzungen haben von einem beschränkten Dasein eine erweiterte Geltung erlangt und haben zum Zeichen dessen ihren Sitz im Gesetz verändert. Vom allgemeinen deutschen HGB. mit seinem unsicheren Rückhalt in verschiedenen Landesgesetzen sind sie in das BGB. gewandert, als Vorboten, daß

eine Verbindung der beiden Gesetzbücher für die Zukunft in unvermeidlicher Vorbereitung liegt.

Bei der Lesewanderung durch die neuen Gesetzbücher findet man alte Bekannte und freut sich des Wiedererkennens; dem Gesetz kann freudig zugerufen werden, daß es alte Angewohnheiten abgestreift habe, gekräftigt, verjüngt sei und eine lange, dauerhafte Gesundheit und Amtstätigkeit in sichere Aussicht stelle — mir, dem Leser kann ein gleicher Gegengruß nicht geboten werden, genügsam erwidere ich in klassischer Erinnerung an die Jugendzeit:

Non sum qualis eram bonae sub regno Cinarae.

Von den vielen alten Bekannten sei einer vorgeführt.

Nachdem im § 129 T. I Tit. 13 Allgemeinen Preußischen Landrechts davor gewarnt ist, denjenigen, dem ein fremder Schuldschein anvertraut worden sei, zur Erhebung der darin verschriebenen Summe als berechtigt zu erachten, fährt § 130 fort:

> Hingegen ist der, welchem die Quittung über eine zu bezahlende Summe anvertraut worden, zum Empfange der Zahlung selbst für bevollmächtigt zu achten.

Während hiermit die Empfangsbescheinigung in der Hand des Fordernden nicht ohne Bedeutung gelassen wurde, stand man doch an, der Rechnung, wiewohl sie in zahlreichen Fällen eine Quittung zu werden berufen war, eine Bedeutung beizulegen. Sie sollte nicht einmal als Mahnung gelten (Allgemeines deutsches HGB. Art. 288) und selbst den Überbringer der Ware mit unquittierter Rechnung nicht zur Empfangnahme der Leistung ermächtigen (Art. 51 a. a. O.). Erst durch Art. 296 a. a. O. wurde der Quittung eine achtbare Stellung angewiesen mit den Worten:

> Der Überbringer einer Quittung gilt für ermächtigt, die Zahlung zu empfangen, sofern nicht die dem Zahlenden bekannten Umstände der Annahme einer solchen Ermächtigung entgegenstehen.

Fast unverändert wird dies wiedergefunden im BGB.:

> § 370. Der Überbringer einer Quittung gilt als ermächtigt, die Leistung zu empfangen, sofern nicht die dem Leistenden bekannten Umstände der Annahme einer solchen Ermächtigung entgegenstehen.

Der Name ist im Laufe der Jahre unangetastet geblieben und wird als Persönlichkeitsrecht am eigenen Namen erhalten bleiben, während das stärkere Recht am eigenen Bilde erst siegreich fortschreitet. Ohne auf eine Geschichte der

Quittung einzugehen, glaube ich die gleichmäßige Bedeutung aus § 368 BGB. entnehmen zu dürfen als ein schriftliches Empfangsbekenntnis des Gläubigers. In Zusammenhang mit § 126 a. a. O. ergibt sich dann, daß eine eigenhändige Namensunterschrift des Ausstellers zu erfordern ist. Damit steht fest, wie unangezweifelt, daß der Leistende sich nur auf die von ihm als echt zu erweisende Quittung berufen kann.

Wenn sich so der Gläubiger als Quittungsschreiber und der Schuldner gegenüberstehen, so nehmen die Gesetze als tatsächliche Grundlage, daß zwischen beiden ein Dritter steht, dem die befreiende Leistung übergeben werden darf. Zu seiner Sicherheit hat der Schuldner die Berechtigung dieses Dritten zu prüfen. Wenn das Allgemeine Preußische Landrecht verlangte, daß dem Dritten die Quittung „anvertraut" sei, so wurde damit an den Schuldner das Ansinnen gestellt, zu beweisen, daß der Gläubiger dem Dritten die Quittung übergeben habe in dem Bewußtsein, daß derselbe daraufhin zuständig sei, vom Schuldner die zu zahlende Summe in Empfang zu nehmen. In solchem Anvertrauen lag dann die erkennbare Willenserklärung, der Auftrag und die Vollmacht zur Zahlungserhebung. Das Gesetz konnte sagen, daß der Dritte kraft der anvertrauten Quittung zur Empfangnahme der Zahlung selbst „für bevollmächtigt zu achten" sei.

Bei geringen Beträgen wird der Schuldner damals in der Prüfung des Anvertrauens im Bewußtsein oder in Vergessenheit der damit verbundenen Gefahr nicht eben peinlich gewesen sein, gleichwie dies anlangend der Echtheit der Quittung auch heut alltäglich der Fall ist. Man wird nicht so weit gehen dürfen, daß man aus einer ausreichenden Sorgfalt bei Prüfung der Unterschriftsechtheit etwa unter Zuhilfenahme eines Geschäftsvordruckes der Quittung oder einer vorstehenden Rechnung zugunsten des Schuldners und zu ungunsten des Gläubigers die unechte Quittung als eine echte gelten lassen dürfe. Das Anvertrauen ist bereits in Art. 55 des Entwurfs eines HGB. für die preußischen Staaten in die Tatsache des Überbringens herabgedrückt:

> Der Handlungsgehilfe, welcher die Quittung überbringt, gilt als beauftragt, die Zahlung zu empfangen.

Allerdings ist hier von dem Überbringer noch die Eigenschaft eines Handlungsgehilfen des quittierenden Gläubigers erfordert.

Wenn die Erfüllungsleistung als „Zahlung“ bezeichnet ist, so war dieser Wortgebrauch in Übereinstimmung mit § 1412 des österreichischen allgemeinen BGB.:

> **Die Verbindlichkeit wird vorzüglich durch die Zahlung, das ist, durch die Leistung dessen, was man zu leisten schuldig ist, aufgelöset.**

im Verkehr und Rechtsprechung als „Leistung“ und der „Zahlende“ als „Leistender“ verstanden. Im allgemeinen deutschen HGB. Art. 296 wurde zwischen Vollmacht und Auftrag, deren Scheidung erst später scharf erkannt wurde, bei den im Hintergrund liegenden verschiedenen Landesgesetzen der Zwischenweg eingeschlagen und zum Dasein einer „Ermächtigung“ gelangt. Bei dem bemessenen Gebiet der Gesetzeskraft mußte die Quittungsbedeutung auf den Verkehr in Handelsgeschäften begrenzt bleiben, während in einzelnen landesgesetzlichen Einführungsgesetzen Hamburg, Baiern, den beiden Mecklenburg die Bestimmung bereits auf den gesamten Rechtsverkehr erweitert wurde. Rückt man die Wörter „Leistung“ und „Leistenden“ in Art. 296 des allgemeinen deutschen HGB. ein, erkennt man in der Wandelung „für ermächtigt“ in „als ermächtigt“ die sprachliche Verbesserung, so ist zum § 370 des BGB. gelangt. Aus dem vorsichtigen preußischen Landesgesetz entwickelte sich in Übernahme der beseitigten Zeitbeschränkung für das den Verkehr immer mehr beherrschende Gebiet der Handelsgeschäfte der aus den Tatsachen äußerlich zu entnehmende Ausweis ohne Rücksicht auf das Dasein des Willens. Das Recht des Handels ist allgemeines bürgerliches Recht geworden, dieses erfordert, erträgt nicht mehr einengende Satzungen. An die Stelle des Nachweises der Berechtigung ist die äußerliche Erscheinung der Ermächtigung getreten. Ich wiederhole das von Laband für die Stellvertretung nach dem allgemeinen deutschen HGB. ausgesprochene Wort: „An die Stelle der Berechtigung tritt die Legitimation.“ — Form gilt als Inhalt!

In dem Wort „Überbringer“ könnte man immerhin noch eine Herkunft der Quittungsurkunde aus der Hand des Gläubigers finden behufs Aushändigung an den leistenden Schuldner; es wäre damit wieder zu dem „anvertrauen“ des allgemeinen preußischen Landrechts zurückgekehrt und dem Schuldner der Beweis aufgebürdet. Der Gang der Gesetzgebung weist nach, daß dieser Beigeschmack dem Wort nicht zugehören soll; in der Überschrift habe ich deshalb das Wort „Träger“ gewählt.

Soll die eine Hälfte des Überbringens ausgemerzt sein, so bleibt die zweite Hälfte unangetastet; um die Tatsache des Überbringens der Quittung zu vollenden, muß dieselbe dem Schuldner ausgeliefert sein, ohne das wird man zu der Tatsache des Überbringens nicht gelangen können. Ist die Quittung aus der Hand des Trägers in die Hand des Schuldners gelangt, so steht ihm aus der echten Unterschrift des Gläubigers die Erklärung desselben zur Seite, daß er die schuldige Leistung erhalten habe; aus der Tatsache des Überbringens der Quittung steht die Ermächtigung des Trägers zur Empfangnahme fest; die Kette ist geschlossen.

Der Vorfall kann sich nun mit mannigfachen Zwischenfällen entwickeln. Der Quittungsträger leitet seinen Besitz der echten Quittung nicht vom Aussteller her, er hat dieselbe unberechtigt vom Tisch mitgenommen oder etwa gefunden; er benutzt den ihm daraus beiwohnenden Ausweis, um die schuldige Leistung zu erheben und erhält dieselbe gegen Aushändigung der Urkunde. Das fehlerhafte Erlangen der Quittung ist dem Schuldner verborgen; er hat keine Veranlassung zum Forschen, denn es liegen keine Umstände vor, die aus den bekannten, ersichtlichen Tatsachen sich ergebende Ermächtigung zu erschüttern. Sind ihm dergleichen Umstände zur sinnlichen Wahrnehmung, zur Kenntnis gelangt, so ist damit die Ermächtigung erschüttert; die sonst mit dem Besitz in Zusammenhang stehende Berechtigung ist erledigt. Die Folgen aus solchen Umständen fallen dem leistenden Schuldner zur Last; unterließ er, die Folgerung mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt aus den Umständen zu ziehen, so ist damit der sonst von der Schuld befreienden Leistung der Erfolg entzogen. Daß dem Gläubiger der Beweis der Umstände, welche den Inhalt der Quittung erledigen soll, obliegt, wird er selbst nicht bezweifeln.

Hatte der Schuldner zur Leistung oder auch nur zur Aushändigung derselben sich eines Dritten, wenn immerhin auch nur eines Dienstboten, bedient, so liegt die Entscheidung in dessen Kenntnis der Umstände bezw. der unterlassenen Folgerung aus denselben. Ausgeschlossen dürfte nicht sein, daß dem Schuldner der Vorwurf gemacht werde, er habe sich zur Hingabe der Leistung einer Person bedient, die zur Wahrnehmung verdächtiger Umstände unfähig gewesen sei.

Wird nun der Fall dahin angenommen, daß der Überbringer der Quittung nach Vorzeigung derselben die Leistung in Empfang genommen, die Quittung aber an sich behalten

habe, so entsteht die Frage, ob eine den Schuldner befreiende Leistung zustande gekommen sei, wenn dieselbe vom Überbringer veruntreut worden ist. Die Frage wird verneint werden müssen. Man erwäge zunächst, daß der ungetreue Empfänger der Leistung sich durch Rückgabe der Quittung an den Gläubiger diesem dahin auszuweisen vermochte, daß er die Leistung nicht erhalten habe. Weiter darf aber nicht außer acht gelassen werden, daß dem Überbringer in der Quittung keine Vollmacht, etwa gar eine Inhabervollmacht, erteilt ist, sondern nur die Ermächtigung, gegen Überreichung der Quittung die Leistung in Empfang zu nehmen. Wenn die erste Häifte des Überbringens, nämlich die gewollte Beförderung vom Gläubiger, als notwendiger Bestandteil in Vergessenheit geraten ist, so ist der zweite Teil der Aushändigung an den Leistenden notwendig geblieben, ohne dies kann von einem Überbringen keine Rede sein. Hat der Schuldner dem Quittungsträger geleistet, ohne in ihm den Überbringer durch Abnahme der Quittung festzustellen, so leistete er der Person, ohne sich den Zusammenhang derselben mit dem Gläubiger zur Tatsache zu machen.

Wird die Quittung nicht abgeliefert, bleibt sie vielmehr in Händen der ungetreuen, zur Überbringung der Quittung bestimmten Person, so mag sich der Schuldner der vollzogenen Leistung zwar rühmen, aber ohne Erfolg gegen den Gläubiger, da dieser ihm, wenn auch mit Bedauern, den berechtigten Vorwurf machen wird, daß er einem Nichtermächtigten geleistet habe, denn die Ermächtigung habe sich erst mit der Überbringung, d. h. der Hingabe der Quittung, bewahrheitet.

Lieferte der zum Überbringen Bestimmte die Leistung dem Gläubiger ab und gab zugleich die Quittung an denselben zurück, so ist der Gläubiger bei Erledigung der Schuld nur eben in die Unbequemlichkeit versetzt, die Quittung dem Schuldner nachträglich zu übersenden und damit das Überbringen nachzuholen.

Wenn hier der Fall erörtert wurde, daß die Leistung gemacht wurde, ohne die Quittung abzufordern, so sei jetzt umgekehrt angenommen, daß der Quittungsträger in Erwartung der Leistung dem Diener des Schuldners die Quittung übergibt, jedoch die Leistung nicht erhält, weil der Schuldner nicht anwesend. Heimgekehrt findet der Schuldner die Quittung vor und begibt sich bald darauf zum Gläubiger behufs Schuldtilgung. Dort findet er zwar nicht den Gläubiger vor, aber

eine ihm unverdächtig erscheinende Person, der er die Schuldleistung übergibt mit dem Bemerken, daß er Quittung bereits erhalten habe. Der Empfänger unterschlägt die Schuldsumme und verteidigt sich der in Anspruch genommene Schuldner durch Vorlegung der Quittung, welche unangezweifelt echt ist. Die Verteidigung gleitet ab, da tatsächlich feststeht, daß die Leistung nicht an den Überbringer der Quittung gegen Übergabe derselben gemacht ist. Aus § 370 BGB. kann dem Schuldner, obwohl er sich des Besitzes der Quittung erfreut, nicht beigesprungen werden; er ist sogar die Quittung dem Gläubiger herauszugeben verpflichtet und hat die Tilgung der Schuld anderweit nachzuweisen oder die verfehlte Leistung durch eine zutreffende zu ersetzen.

Gesetzt, der Schuldner hätte den Gläubiger angetroffen, ihm die schuldige Leistung gemacht und sei im Besitz der Quittung belassen worden. Der Gläubiger verstarb, sein Erbe weiß von der Leistung nichts und erhebt gegen den vermeintlichen Schuldner im guten Glauben Anspruch. Dieser legt die Quittung vor, wogegen der Beweis erbracht wird, daß sie seinerzeit ohne Leistungsempfang vom Überbringer zurückgelassen sei. Hiermit ist die Bedeutung der Quittung entkräftet, denn die darin enthaltene Empfangserklärung ist als tatsächlich unwahr festgestellt. Dem Schuldner fällt damit, trotz des Besitzes der Quittung, der Beweis der anderweiten Schuldtilgung ob. Verkannt wird bei der Erzählung dieses Falles nicht, daß dem Schuldner anderweite Feststellungen helfend beispringen können, wie namentlich der Nachweis, daß dem verstorbenen Gläubiger bekannt gewesen sei, daß der Schuldner eine Quittung hinter sich habe, daß dieselbe nicht zurückgefordert, auch eine Leistung nicht weiter beansprucht sei. Solche Nachereignisse dürfen aber die ursprüngliche Grundlage, die Beurteilung der Quittung nicht beeinflussen.

Ein weiterer Sonderfall sei in Erinnerung gerufen und zeitlich aus der Vergangenheit in die Neuzeit versetzt.

Der Gläubiger hatte über die am 1. Juli 1903 fällige Leistung unter dieser Zeitangabe im voraus die Quittung ausgeschrieben, dieselbe beim Antritt einer Reise seiner Ehefrau hinterlassen, damit am Verfalltage durch einen Überbringer der Quittung die Leistung erhoben werde. Der Diener des Gläubigers, zum 1. Juli seines Dienstes gekündigt, bemächtigt sich am 26. Juni der Quittung, erhebt an diesem Tage von

dem Schuldner gegen Übergabe der Quittung die Leistung und unterschlägt diese. Der Gläubiger, welcher bei seiner Rückkehr die Leistung nicht vorfindet, ermittelt den Sachverhalt und verlangt vom Schuldner die Leistung, gegen welchen Anspruch der Schuldner sich durch Vorlegung der Quittung verteidigt. Hätte der ungetreue Diener am 1. Juli seine Tat verübt, ohne daß dem Schuldner die Dienstentlassung oder sonstige verdächtigende Umstände zur Kenntnis gelangt waren, so würde unbedenklich die ausgehändigte Leistung eine schuldtilgende geworden sein. Da aber die Abforderung der Leistung vor dem 1. Juli 1903, dem Quittungstage, erfolgte und diese Vorzeitigkeit dem Schuldner durch Einsicht der Quittung zur Kenntnis gelangt war, so lag damit ein Umstand vor, welcher der Annahme der Ermächtigung entgegenstand; denn die Ermächtigung begann urkundendeutlich erst mit dem 1. Juli. Daß dem Schuldner gemeinhin (BGB. § 271) das Recht zusteht, vor Fälligkeit zu erfüllen, kommt hierbei nicht in Betracht; denn hiermit ist nur die Zeit der Erfüllung zugunsten des Schuldners gemildert, keineswegs aber damit auch ein Einfluß auf die zeitlich begrenzte Ermächtigung des etwa zur Empfangnahme der Leistung bestellten Vertreters zum Ausdruck gebracht.

Es sei selbst angenommen, daß der zutrauensvolle Schuldner die Zeitverschiedenheit der Quittung und Abforderung der Leistung nicht wahrgenommen habe; es kann ihm dies nicht hilfreich werden, etwa weil ihm nur solche Umstände angerechnet werden dürften, welche er gekannt habe, nicht auch diejenigen, welche er habe kennen können oder müssen; denn es fragt sich hier nicht um eine Erschütterung der anderweit bestehenden Ermächtigung, sondern um das Bestehen der Ermächtigung überhaupt. Es lag dem Schuldner ob, das ihm gegen seine Leistung übergebene Schriftstück in seiner Eigenschaft als Quittung zu prüfen. Das über den Empfang am 1. Juli 1903 lautende Schriftstück konnte niemals eine Empfangnahme zu einer früheren Zeit bewahrheiten.

Wenn der Schuldner auf Grund einer Quittung dem Quittungsträger schuldtilgend, befreiend leisten will, so hat er die Quittung als solche zu prüfen, und damit die Zeitangabe, weil die Vorzeitigkeit der Leistung der Quittung ihren tatsächlichen Inhalt nimmt. Würde die Quittung, wie man zu sagen pflegt, undatiert sein, so würde solche Nachlässigkeit dem ohne verdächtige Umstände leistenden Schuldner zustatten kommen.

Hiermit ist zu dem Ergebnis gelangt, daß dem Schuldner, welcher vor der aus der Quittung sich ergebenden Zeit der Ermächtigung zur Empfangnahme eine befreiende schuldtilgende Leistung machen will, eine gesteigerte Verpflichtung zur Prüfung der Berechtigung obliegt. Für die Richtigkeit dessen kann die neue russische Wechselordnung vom 17. Mai/ 19. Juni 1902 zu Hilfe genommen werden. Während nach Art. 23 a. a. O. entsprechend dem Art. 36 der allgemeinen deutschen Wechselordnung, der den Wechsel durch Indossament übernehmende nunmehrige Wechselinhaber nicht „verpflichtet" ist, die Indossamente ihrer Echtheit nach zu prüfen, ist nach Art. 28 russischer Wechselordnung der aus dem Wechsel in Anspruch genommene Wechselverpflichtete nicht „berechtigt", die Echtheit der Indossamente zu prüfen, was über den Inhalt des Art. 74 der allgemeinen deutschen Wechselordnung hinausgeht. Betreffend die Zahlung vor der Verfallzeit, bestimmt Art. 36 der russischen Wechselordnung (Bearbeitung von Keyssner-Neubecker, Stuttgart 1903):

Vor dem Eintritte des Verfalltages ist der Wechselinhaber nicht berechtigt, Zahlung gemäß dem Wechsel zu fordern, und nicht verpflichtet, solche Zahlung anzunehmen. Bei der Vereinbarung einer vorzeitigen Wechselzahlung ist Zahlung sowohl im ganzen Betrage wie in Teilen statthaft, in beiden Fällen mit gehörigem Vermerk auf dem Wechsel. Wer jedoch vor Verfallzeit einem unrechtmäßigen Wechselinhaber gezahlt hat, befreit sich nicht von der Verpflichtung, gemäß dem Wechsel zur Verfallzeit zu zahlen.

Während nach Art. 28 der Wechselverpflichtete dem Wechselinhaber gegenüber nicht „berechtigt" ist, die Reihenfolge der bis auf ihn herabführenden Indossamente zu prüfen, er somit gemäß dem Wortlaute des Wechsels an den Wechselinhaber gegen Rückgabe des Wechsels und Quittung auf demselben Art. 47 schuldtilgende befreiende Zahlung leisten kann, so darf nach Art. 36 russischer Wechselordnung bei Zahlung vor Verfall der Wechselverpflichtete sich nicht an der Form genügen lassen; er muß vielmehr die tatsächliche Berechtigung, somit die Echtheit der Indossamente feststellen.

Die Bedeutung der Erfüllungsleistung vor Verfall bei einer zur Erfüllung der Leistung erforderlichen und die Erfüllungszeit bestimmenden Urkunde kann nicht heller ins Licht gestellt sein. Keineswegs liegt hierin eine russische neue Wechselrechtserfindung, vielmehr birgt sich darin der Gedanke, daß, sofern bei einer Leistung nicht nur der leistende Schuldner

und der Leistungsempfänger beteiligt sind, sondern auch Dritte, in den Leistungssatzungen nichts ohne weiteres einseitig geändert werden kann.

Wenn dies für den Quittungsträger, so meine ich, nachgewiesen ist, so bedenke man kurz angedeutet den Fall, daß der während der Umlaufszeit bestohlene Wechselinhaber den Wechsel zur Verfallzeit zu finden hoffen darf und zweckdienliche Maßnahmen ergreifen kann, während alles vergeblich ist, wenn bereits vor Verfallzeit dem ungeprüften Wechselinhaber schuldtilgend geleistet werden dürfte.

Bisher ist auf Grund des § 370 BGB. die Echtheit der Quittung die Grundlage der Erörterung; dem gegenüber stehen die Fälle, in denen es sich um die Einlösung eines urkundlichen Verpflichtungsscheins handelt; es liegt die Frage nahe, ob für die Leistung gegen Rückgabe der Urkunde, ich fasse hier die Verpflichtung aus dem Akzept eines gezogenen Wechsels ins Auge, die Echtheit der auf dem Wechsel befindlichen Quittung die unbedingte Voraussetzung einer befreienden Leistung sei. Hier ist keine Ermächtigung auf Grund einer Quittung in Rede, die Forderung ist in der vom Akzeptanten ausgestellten Urkunde begründet, neben der Rückgabe tritt die Quittung in den Hintergrund. Allerdings kann der Akzeptant nicht prüfungslos jedem Wechselinhaber die Wechselsumme als Berechtigtem auszahlen; aber es treten die Art. 36 und 74 der allgemeinen deutschen Wechselordnung in kräftigende Verbindung.

Fällt dem Akzeptanten, wenn sich später der Gelderheber als unberechtigt erweist, weder böser Glaube noch grobe Fahrlässigkeit zur Last, so hat er mit ehrlichem Rückerwerb seines Akzepts die Schuld getilgt, mag immerhin die Quittung eine unechte sein. Ich lehne mich hierbei an Grünhuts Wechselrecht Band II S. 260 ff., und das Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 4. April 1902 (Ztschr. f. d. gesamte Handelsrecht, Band LIII S. 231 ff.) an, nehme auf das dort bereits Gesagte Bezug und glaube damit im Einvernehmen mit dem ehrbaren Wechselverkehr zu stehen.

In naher Verbindung steht die Frage, wie weit die Prüfungspflicht des Bankherrn bei Zahlung auf einen seinem Kunden gehörigen Scheckbuch entnommenen, aber unterschriftlich gefälschten Scheck gehe. Hier darf ich mich auf die Urteile des Handelsgerichts Zürich vom 12. Februar 1898 und des schweizerischen Bundesgerichts vom 22. September 1898 (Ztschr. f. d.

gesamte Handelsrecht, Band XLVIII S. 299) sowie meine Nachbemerkung dazu S. 320 ff. beziehen. Die Prüfungspflicht kann sich, soll der Scheckverkehr nicht Hemmungen und Störungen unterworfen sein, nicht weiter erstrecken, als auf die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns, Bankherrn.

Ausgekämpft sind die Streitigkeiten, anlangend die Prüfungspflicht des zahlungsbereiten Wechselschuldners und des Bankherrn gegenüber dem Scheckinhaber, noch lange nicht.

Den äußersten Schritt tat bisher das BGB. in § 793 Abs. 1 Schlußsatz rücksichtlich der Schuldverschreibungen auf den Inhaber:

Der Aussteller wird jedoch auch durch die Leistung an einen nicht zur Verfügung berechtigten Inhaber befreit.

Doch auch hier haben bereits Wortstreitigkeiten begonnen unter dem allwaltenden Vorwand von Treu und Glauben, wenn auch mit vorsichtiger Einschränkung auf die Beweissicherheit; wie mir scheint jedoch unter Verkennung des dem Inhaberpapier jetzt nach Aufhebung der Außerkurssetzung unentziehbaren Geburtsrechts.

Hiermit scheide ich vom Quittungsträger.



DAS RECHT ZUM BESITZE.



VON DR. MARTIN WOLFF,
A. O. PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT BERLIN.



Übersicht:





Kann der Besitzer einer Sache dem Anspruche auf Herausgabe eine Einrede aus seinem eigenen Recht zum Besitze oder aus dem Besitzrecht eines Dritten entgegenstellen? Das BGB. beantwortet diese Frage eingehend, obzwar nicht bedenkenfrei, für den Herausgabeanspruch des Eigentümers.

Hiervon wird im ersten Teile zu handeln sein. Eine Übertragung der für den Eigentümeranspruch gewonnenen Grundsätze auf andere Ansprüche bleibt dem zweiten Teile vorbehalten.

Erster Teil.

Der Herausgabeanspruch des Eigentümers.

I.

„Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, wenn er .... dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist“ § 986 BGB. Das Recht zum Besitze gibt eine Einrede gegen die Vindikation[1].

---

[1] Daß eine „Einrede“ und nicht eine anspruchsausschließende Tatsache vorliege, hat jüngst Siber bestritten: Rechtszwang im Schuldverhältnis (1903) S. 133—137. Zwei der von ihm angeführten Gründe sind sicherlich nicht überzeugend; der eine ist: § 986 BGB. gebe dem Besitzer nicht ein „Recht“ zur Herausgabeverweigerung, sondern rede nur davon, daß der Besitzer die Herausgabe verweigern „könne“; allein diese beiden Wendungen werden stets promiscue im Sinne des Leistungsverweigerungsrechts gebraucht (vgl. §§ 258, 273, 320, 321, 478, 490 Abs. 3, 770, 771, 811 Abs. 2, 821, 853, 1000, 1100, 1166, 1973, 1990, 2059, 2083, 2145, 2187, 2318, 2319, 2328 BGB.). Ein zweiter Grund Sibers ist § 903 BGB.; allein daraus, daß der Eigentümer Einwirkungen Anderer ausschließen darf, soweit nicht Rechte Dritter entgegenstehen, folgt nicht, daß er Einwirkungen Anderer nicht ausschließen könne, sofern Rechte Dritter entgegenstehen. — Eine andere Frage ist es, ob angesichts des § 986 der herrschende Einredebegriff haltbar ist, wonach die Einrede nur wirkt, wenn der Verpflichtete sich auf sie beruft (Motive I S. 360, Protok. I S. 233). Wäre er haltbar, so würde ein Eigentümer, der in der Klage selbst vorträgt, dem Beklagten an der Sache ein noch wirksames Pfandrecht bestellt zu haben, gegen den ausbleibenden Beklagten ein Versäumnisurteil auf Herausgabe erzielen. Daß dieses Ergebnis ungesund wäre, hat unter Hinweis auf § 1004 Abs. 2 BGB. Kipp (zu Windscheid, Pand.[8] I S. 183) überzeugend dargetan; dss Gegenrecht des Beklagten gegenüber der negatoria anders wirken zu lassen, als gegenüber der rei vindicatio, wäre krankhaft. Die Inkongruenz zwischen §§ 986 und 1004 Abs. 2 erkennt auch Planck (Bem. 5[b] zu § 1004); er hilft, indem er — hier, wie so oft, einzig auf die Materialien gestützt — den § 1004 Abs. 2 in

Es fragt sich zunächst: Wer ist dem Eigentümer gegenüber „zum Besitze berechtigt“? Das Bürgerliche Gesetzbuch spricht ein „Recht zum Besitze“ — und zwar gegenüber jedermann — ausdrücklich nur dem Nießbraucher und dem Inhaber eines dinglichen Wohnungsrechts zu; §§ 1036 Abs. 1, 1093 BGB. Dasselbe bedeutet es, wenn § 1081 Abs. 1 S. 2 BGB. für den Nießbrauch an gewissen Wertpapieren die Wendung gebraucht, daß der Besitz der Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine dem Nießbraucher „zusteht“. Ein Recht zum Besitze hat ferner, wie nicht zweifelhaft sein kann, der Erbbauberechtigte, der Faustpfandgläubiger[1], der Zurückbehaltungsberechtigte. Das Besitzrecht besteht, gleichviel auf welche Weise der Berechtigte den Besitz erlangt hat[2]. Wer — durch Einigung und Eintragung — Nießbraucher eines Grundstücks geworden ist und den Grundeigentümer gewaltsam des Besitzes entsetzt, begeht zwar verbotene Eigenmacht und unterliegt im Besitzschutzstreit; dem Eigentumsanspruche kann er jedoch die Einrede des Besitzrechts entgegenstellen.

Anderwärts spricht das Gesetz gewissen Personen das Recht zu, Sachen „in Besitz zu nehmen“. Hierin ist für einige Fälle die Erlaubnis eigenmächtiger Besitznahme enthalten, (so für den Konkursverwalter[3] und, unter bestimmten Voraussetzungen, den Vermieter, Verpächter, Gastwirt[4]); in anderen Fällen ist sie ausgeschlossen (so für den Testamentsvollstrecker und den Ehemann[5]). Daß dort der mit der Eigentumsklage

---

eine „Einrede“ im herrschenden Sinne umdeutet: das Ergebnis wäre, daß ein den Lebensbedürfnissen so widersprechendes Versäumnisurteil, wie das eben erwähnte, auch im Negatorienprozeß zu erlassen sein würde! Über die Lösung, die in der Angreifbarkeit der herrschenden Einredetheorie liegt, vgl. insbes. Kipp a. a. O. S. 182, der sich hierbei an Rud. Leonhards Ausführungen (Irrtum bei nichtigen Verträgen 1884 f. S. 301 ff.) anlehnt. Anders freilich Leonhard jetzt (Allg. Teil des BGBs. S. 220 Anm. 3). Gegen jenes Versäumnisurteil auch Hölder, Arch. f. zivil. Praxis 93 S. 79, 80. Ein Eingehen auf den Einredebegriff muß hier vermieden werden.

[1] Der Vermieter, als gesetzlicher Pfandgläubiger, hat bei Auszug des Mieters (nach dem Wortlaut des Gesetzes) bald das Recht eigenmächtiger Besitznahme § 561 Abs. 1 (s. u. Anm. 4), bald nur das Recht, „die Überlassung des Besitzes zu verlangen“ § 561 Abs. 2 S. 1. Über diese Formel s. S. 153 f.

[2] Wofern nicht das Recht, aus welchem das Besitzrecht folgt, zu seinem Bestande eine gewisse Art der Besitzerlangung voraussetzt. So besteht z. B. das Zurückbehaltungsrecht des § 1000 BGB. an einer durch vorsätzliches Delikt erlangten Sache überhaupt nicht.

[3] § 117 KO. Freilich bestritten; vgl. Oetker, Zeitschr. f. Zivilprozeß 25 S. 17—19.

[4] § 561 Abs. 1 „auch ohne Anrufen des Gerichts ... in seinen Besitz nehmen“; §§ 581, 704 BGB.

[5] §§ 2205, 1373, 1443 BGB. Ob der Ehemann ein Recht auf Eigenmacht

Angesprochene eine Einrede aus dem Besitzrecht hat, ist nicht zweifelhaft[1]. Aber ein Gleiches ist für den Testamentsvollstrecker und den Ehemann anzunehmen, und zwar nicht nur dann, wenn ihnen die Sache vom Erben oder von der Ehegattin übergeben worden ist, sondern auch, wenn sie den Besitz eigenmächtig ergriffen haben[2].

Bisweilen spricht das Gesetz jemandem nur das Recht zu, von einem Anderen die „Übergabe" (§§ 433, 440, 651 BGB.) oder „Auslieferung" (§§ 402, 444 BGB.) oder „Rückgabe" (§§ 371, 1087, 1223, 1254 BGB.) oder „Herausgabe" (§§ 498, 812, 1251, 1296, 1301 u. a.) einer Sache oder die „Überlassung" des Besitzes oder der Sache (§§ 536, 561 Abs. 2, 581, 704 BGB.) u. dergl. zu fordern. Erlangt der Berechtigte in diesen Fällen den Besitz der Sache „durch Übergabe", so ist sicherlich ein „Recht zum Besitze" entstanden, das, gleichviel ob es ein dingliches[3] oder ein obligatorisches ist, ob es sich um Fahrnis oder um Liegenschaften[4] handelt, eine bald peremtorische, bald dilatorische Einrede gegen den Herausgabeanspruch des übergebenden Eigentümers gibt. Aber auch hier muß dasselbe gelten, wenn der Besitz auf andere Weise als durch Übergabe erworben worden ist. Auch der Käufer, der die gekaufte Sache von einem Dritten oder vom geisteskranken Verkäufer oder durch Fund oder durch gewaltsame Wegnahme erlangt, hat ein „Recht zum Besitze" im Sinne des § 986 BGB. und in dem Sinne, in dem das Gesetz sonst diesen Ausdruck verwendet[5]. Gegen diese These ist Widerspruch zu besorgen: kann aus einem „Recht auf Übergabe" ohne Übergabe ein „Recht zum Besitze" werden? Die Frage ist zu bejahen. Ziel des „Rechts auf Übergabe" ist nicht die Übergabe[6], sondern die Besitzerlangung. Solange dieses Ziel nicht erreicht, der Käufer nicht in den Besitz gekommen ist, kann er fordern, daß der Verkäufer ihm

gegen die Frau hat, ist freilich bestritten. Die herrschende Lehre verneint mit gutem Grund. Vgl. Planck, A. B. Schmidt zu § 1373, insbes. eingehend: Oertmann, Jherings Jahrb. 44 S. 207—214. — Von dem abweichenden Standpunkt aus bietet die obenbehandelte Frage keine Schwierigkeit.

[1] Denn hier würde der dejizierte Eigentümer sogar im Possessorium unterliegen, § 863 BGB.

[2] Nur im Besitzschutzstreite wird ihre Verurteilung zu erzielen sein.

[3] So der Anspruch des Pfandgläubigers auf Besitzüberlassung aus § 561 Abs. 2 oder auf Herausgabe aus § 1251 BGB.

[4] Im Gegensatz zu § 7 des preußischen Eigentumserwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872, der in ungesunder Weise das Grundbuchsystem auf die Spitze trieb.

[5] Vgl. insbes. § 863 BGB.

[6] Vorbehaltlich des unten S. 154 Anm. 2 zu bemerkenden.

den Besitz verschaffe und einen Besitzerwerb, der nicht durch Übergabe des Verkäufers erfolgt, (unbeschadet des § 267 BGB.) ablehnen. Ist aber das Ziel ohne Übergabe erreicht, so ist das Recht auf Übergabe erloschen[1]. Die Besitzerlangung hat ein Recht, den Besitz „zu behalten"[2] erzeugt, das ist ein Recht zum Besitze im Sinne des § 986 BGB.

Dem steht nicht entgegen, daß, wenn der Käufer den Besitz durch verbotene Eigenmacht erlangt hat, der dejizierte Verkäufer die Besitzschutzmittel genießt. Wenn er von diesen Mitteln Gebrauch macht, so wird eben der Käufer mit seiner Einrede aus dem „Rechte zum Besitz" hier ebensowenig gehört, wie der eigenmächtig handelnde Liegenschaftsnießbraucher in dem früher erwähnten Falle. § 863 BGB. Muß hiernach der Käufer dem dejizierten Verkäufer die Sache zurückgeben, so verwandelt sich sein durch Besitzerlangung entstandenes Recht zum Besitz wieder in ein bloßes „Recht auf Übergabe"[3]. — Aber zum Schutze gegen Eigenmacht dienen zweifellos nur die Besitzschutzmittel. Verstreicht die einjährige Frist des § 864 Abs. 1 ungenutzt, so hat Schweigen den Friedensbruch geheilt; die Klage aus dem Eigentumsrecht kann nicht

[1] Zu wie unhaltbaren Ergebnissen die entgegengesetzte Ansicht führen würde, ergeben Beispiele: erlangt der Käufer den Besitz auf andere Weise als durch Übergabe und wird ihm die Sache dann von einem Dritten entwendet, wer wollte ihm das Recht zusprechen, von dem Verkäufer, gestützt auf § 433 BGB., noch die Übergabe zu verlangen, die dieser freilich bisher noch nie geleistet hatte? — Daß ein Schuldverhältnis erlischt, wenn der Gläubiger das Geschuldete erhält, auch wenn er es nicht durch „Leistung" erhält, wird auch sonst wichtig; z. B. dann, wenn die Leistung in einer Veräußerung besteht und der Schuldner geschäftsunfähig ist. Darüber vor allem: Schollmeyer, Kommentar z. R. d. Schuldverhältnisse I S. 277 Anm. 2, Crome, Bürgerl. R. II § 182 Anm. 18ff., Dernburg, Bürg. R. II, 1 § 214 zu Note 20.

[2] Freilich ist damit noch nicht alles gesagt. Denn die Besitzerlangung ohne Übergabe hat nicht alle Wirkungen der Besitzerlangung durch Übergabe. Diese konstituiert eine für den Käufer höchst wertvolle (z. B. §§ 943, 999 BGB.) Besitzsukzession, jene nicht notwendig; der Käufer usw. hat aber ein Recht auf diese Sukzession in den Besitz des Vormanns; er kann daher von dem Verkäufer verlangen, daß sein originär erworbener Besitz zu einem derivativen werde. Dies wird durch schlichte Einigung geschehen, die oft schon den Umständen entnommen werden kann und die, wie kaum hervorzuheben ist, mit der Einigung des § 929 Satz 2 BGB. nicht identisch ist. — Daneben hat natürlich der Käufer, der den Besitz ohne Übergabe, aber noch nicht das Eigentum erlangt hat, das Recht auf Übereignung, die gemäß § 929 S. 2 erfolgt und zugleich den asyndetisch erlangten Besitz in einen abgeleiteten wandelt.

[3] Das durch verbotene Eigenmacht des Käufers erlangte Besitzrecht ist hiernach resolutiv bedingt. Erhält der Verkäufer im Wege des Besitzschutzes die Sache zurück, so entsteht der Anspruch des Käufers auf Übergabe von neuem.

dazu dienen, einen dem Rechte des Beklagten entsprechenden Besitz um deswillen zu beseitigen, weil er durch verbotene Eigenmacht entstanden ist.

Das so gewonnene Ergebnis läßt sich auch aus dem richtig verstandenen § 864 Abs. 2 BGB. entnehmen. Nach diesem erlischt der Besitzschutzanspruch, „wenn nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht durch rechtskräftiges Urteil festgestellt wird, daß dem Täter ein Recht an der Sache zusteht, vermöge dessen er die Herstellung eines seiner Handlungsweise entsprechenden Besitzstandes verlangen kann". Schon Strohal[1] hat darauf hingewiesen, daß im Sinne dieses Paragraphen unter dem „Recht an der Sache" nicht nur, wie sonst zumeist, das dingliche Recht, sondern auch das auf eine Sache bezügliche obligatorische Recht zu verstehen ist, und Endemann[2], Turnau-Förster[3], Meisner[4], Gärtner[5], jüngst auch Biermann[6] sind ihm mit Recht gefolgt[7]. Kann hiernach der Käufer, der die Kaufsache dem Verkäufer entwendet hat, sogar die gegen ihn gerichtete Besitzschutzklage durch sein Recht aus dem Kaufvertrage — unter gewissen Voraussetzungen — lahm legen, um wie vieles mehr muß er der Eigentumsklage entgehen.

Das Recht zum Besitze muß, um dem Eigentumsanspruch entgegenzuwirken, ein gegenwärtiges und unbedingtes sein. Ihm kann eine Einrede gegenüberstehen. Hat z. B. der Verkäufer eines Grundstücksnießbrauchs dem Käufer den Nießbrauch bestellt, aber das Grundstück noch nicht übergeben, und hat sich der Erwerber durch verbotene Eigenmacht in den Besitz gesetzt, so könnte der Besteller, der aus § 985 BGB. klagt, das eingewendete Besitzrecht des Beklagten mit der

[1] Sachbesitz (Jherings Jahrb. 38) S. 120f.
[2] Lehrb. d. bürg. R. II[5] § 42 Anm. 16.
[3] Liegenschaftsrecht I[2] S. 66.
[4] Kommentar zu § 864 Anm. 11 Abs. 2 (S. 21).
[5] Der gerichtl. Schutz gegen Besitzverlust (Leonhards Studien z. Erl. d. BGB. Heft 4, 1901) S. 191.
[6] Kommentar 2. Aufl. Anm. 3aβ zu § 864. Anders in der ersten Auflage.
[7] Vergl. ferner Martin Wolff in dem Aufsatz über den Mitbesitz, Jherings Jahrb. 44 S. 181, auch wohl Fischer-Henle[5] Anm. 7 zu § 864. — Dagegen erklären sich, am Sprachgebrauch des Gesetzes haftend, Planck III S. 49 Bem. 2a, Kipp zu Windscheid, Pand. I, S. 721, Maenner, das Recht der Grundstücke S. 109[46], Cosack Lehrb.[3] II S. 87. — Daß der Ausdruck „Recht an der Sache" vielleicht auf einer Ungenauigkeit der Redaktion beruht, scheint die Entstehungsgeschichte des Paragraphen zu ergeben, wie Neumann zu § 864 hervorhebt.

Replik schlagen, daß der Beklagte noch nicht den Kaufpreis gezahlt hat. Das Prinzip der Zug-um-Zug-Verurteilung (§ 322 BGB.), hierher übertragen, führt zu folgendem Erkenntnis: daß der Beklagte zur Herausgabe des Grundstücks verurteilt, ihm jedoch nachgelassen wird, die Herausgabe durch Zahlung des Kaufpreises abzuwenden.

II.

Das Besitzrecht des beklagten Besitzers muß „dem" (klagenden) „Eigentümer gegenüber" bestehen, um zur Klagabweisung zu führen. Es genügt daher nicht, daß ein (obligatorisches) Besitzrecht gegen einen Vorgänger des Eigentümers bestand. Doch erleidet dieser Satz für das Fahrnisrecht eine Ausnahme durch § 986 Abs. 2: darnach kann der Besitzer einer beweglichen Sache, welche durch Abtretung des Herausgabeanspruchs veräußert wird, dem neuen Eigentümer ein Besitzrecht entgegenhalten, das er „gegen den abgetretenen Anspruch" einwenden konnte. Der Grund für diese Erstreckung der Wirksamkeit des obligatorischen Besitzrechts auf andere Personen als den Verpflichteten beruht, wie mehrfach[1] mit Recht hervorgehoben worden ist, auf der Publizitätsfunktion des Besitzes.

Gegen wen ist das Verteidigungsmittel des Abs. 2 § 986 gegeben? Crome sagt: gegen den „Singularsukzessor des Gegners im Eigentum"[2], Gierke: „gegen den Rechtsnachfolger dessen, der die Sache veräußert hat"[3]. Bei dieser letzten Formulierung ist nicht deutlich, ob unter „Rechtsnachfolger" der Besitz- oder der Eigentumsnachfolger zu verstehen sei; jenes wäre gewiß nicht zutreffend, da die Abtretung des Herausgabeanspruchs nicht stets eine Besitznachfolge begründet, dann nämlich nicht, wenn der Zedent des mittelbaren Besitzes darbte; aber auch dieses kann von Gierke nicht wohl gemeint sein, wie das von ihm angeführte Beispiel ergibt. Dieses Beispiel, welches zugleich die Differenz der Cromeschen und der Gierkeschen Formulierung zeigt, ist der Fall, in welchem der Erwerber das Eigentum auf Grund guten Glaubens durch Verfügung eines Nichteigentümers erlangt hat, § 934 BGB. Kann hier der unmittelbare Besitzer dem Erwerber ein obligatorisches

[1] Vor allem von Gierke, Fahrnisbesitz S. 41 ff., insbes. S. 45 III.
[2] „Juristische Natur der Miete" in Jherings Jahrb. 37 S. 69.
[3] a. a. O. S. 43. Ebenso Kober in v. Staudingers Komm. (2. Aufl.) III S. 249.

Besitzrecht entgegenhalten, das dem Veräußerer gegenüber besteht, oder ein solches, das dem früheren Eigentümer gegenüber besteht? Gierke bejaht jene, verneint diese Frage; nach Cromes Formel wäre umgekehrt zu entscheiden. Das Gesetz läßt m. E. eine Bejahung beider Fragen geboten erscheinen; denn es gewährleistet alle Einwendungen „gegen den abgetretenen Anspruch"; der Nichteigentümer, der fremdes Eigentum durch Abtretung „des Herausgabeanspruchs" überträgt, tritt aber in Wahrheit zwei Ansprüche ab: den dinglichen Herausgabeanspruch des wahren Eigentümers[1] und den eigenen obligatorischen Herausgabeanspruch (aus der Miete, Pacht u. dergl.)[2]; der Erwerber, der hiernach in solchem Falle[3] Rechtsnachfolger sowohl des Eigentümers als des Veräußerers ist, muß alle gegen einen dieser beiden bestehenden Einwendungen gewärtigen.

§ 986 Abs. 2 berücksichtigt nur den Fall der Abtretung des Herausgebanspruchs. Mit Grund hat Kohler[4] ausgeführt, dass das Prinzip des Absatzes 2 auch auf andere Fälle der Rechtsnachfolge Anwendung findet, so auf den Fall der brevi manu traditio: jemand mietet ein Pferd für sich auf ein halbes Jahr und läßt es sodann sich, als dem Stellvertreter eines Freundes, durch Übergabe kurzerhand übereignen; wollte der Freund das Pferd von dem Mieter vindizieren, so stände ihm der Mietseinwand entgegen.

Man wird aber noch weiter gehen und den Grundsatz des § 986 Abs. 2 BGB. auch auf solche Fälle anwenden müssen, in

---

[1] Dies hat Gierke an anderer Stelle selbst angenommen; in seinem deutsch. Priv. R. I S. 279[2] heißt es: der Veräußerer sei „kraft formaler Verfügungsmacht imstande, fremdes Eigentum zu übertragen." Daß, wer a non domino erwirbt, in Wahrheit Rechtsnachfolger des Eigentümers wird, hat jetzt Hellwig überzeugend dargetan (Wesen u. subj. Begrenz. d. Rechtskraft S. 96—105). Vgl. ferner Crome, Bürg. R. I S. 313f., Dernburg, Bürg. R. I. S. 316. — Nebenher darf freilich wohl im Gegensatz zu Hellwig darauf aufmerksam gemacht werden, daß es Fälle gibt, in denen der Erwerb a non domino originär ist; dann nämlich, wenn die veräußerte Sache herrenlos war: veräußert z. B. ein Wilderer das erlegte Wild an einen Gutgläubigen, so erlangt dieser das Eigentum originär, eine Sukzession (etwa in das Aneignungsrecht des Jagdberechtigten?) ist zu leugnen.

[2] Daß hier — abgesehen von dem Falle, in welchem dem Veräußerer gar kein obligatorischer Anspruch zustand, — eine Abtretung zweier Ansprüche vorliegt, wird keiner Begründung bedürfen. Weitere Folgerungen sollen an dieser Stelle nicht gezogen werden.

[3] Nicht in Betracht kommt der Fall, daß der Veräußerer keinen mittelbaren Besitz hatte, da dann das Eigentum auf den Erwerber gemäß § 934 erst mit der Erlangung des Besitzes von dem Dritten übergeht.

[4] Vertrag und Übergabe in „Zwölf Studien zum BGB." I S. 349f.

welchen der Eigentümer das Eigentum originär, aber auf Grund abgeleiteten Besitzes erlangt; klagt er mit der rei vindicatio, so wird ihm ein dem Besitzvorgänger gegenüber wirksames obligatorisches Besitzrecht entgegengehalten werden können; so, wenn das Eigentum auf Grund eines derivativ erworbenen mittelbaren Eigenbesitzes ersessen ist[1]: A. vermietet eine gestohlene Sache, die er seit neun Jahren gutgläubig im Eigenbesitz hat, dem B. auf zwei Jahre, tritt dem C. zu Übereignungszwecken den Herausgabeanspruch ab, C. ersitzt nach einem Jahre die Sache: seiner Eigentumsklage könnte natürlich das Mietsrecht mit Erfolg entgegengehalten werden[2].

Das obligatorische Besitzrecht des Beklagten wirkt nicht nur gegenüber der Eigentumsklage, sondern in gleichem Umfange gegenüber der Klage des Pfandgläubigers oder Nießbrauchers, da § 986 Abs. 2 in den §§ 1065, 1227 BGB. mitzitiert ist[3]. Es wirkt aber gegen einen Rechtsnachfolger des obligatorisch Verpflichteten nur im Fahrnisrecht. Im Liegenschaftsrechte wird das Mietsrecht oder Pachtrecht in ähnlicher Weise durch die §§ 571ff. BGB. gesichert, während im übrigen selbst die Kenntnis des Erwerbers von obligatorischen Verpflichtungen seines Vormannes seinem Eigentumsanspruch nicht entgegensteht. Hat der frühere Eigentümer jemandem ein Erbbaurecht oder einen Nießbrauch versprochen und ihm

---

[1] Daß Ersitzung originäre Erwerbsart ist, ist zwar bisweilen bestritten worden (z.B. von Brinz, auch Gierke, d. Priv.R. I. S. 279[2]), aber für das heutige Recht trotz § 945 BGB. kaum zu bezweifeln; vgl. Hellwig, Rechtskraft S. 277—279.

[2] Diese Entscheidung ist zu begründen. Vorweg ist festzustellen, ob dingliche Rechte des unmittelbaren Besitzers durch Eigentumsersitzung des mittelbaren Besitzers erlöschen. Nach dem Wortlaute des § 945 könnte es für solche dinglichen Rechte, die vor dem Erwerbe des Ersitzungsbesitzes begründet sind, bei Gutgläubigkeit des mittelbaren Besitzers so scheinen. Doch ist das gewiß nicht annehmbar. Man erwäge: hätte der mittelbare Besitzer sogleich durch Vindikationszession das Eigentum erlangt, so wäre trotz seiner Gutgläubigkeit das dingliche Recht des Dritten nicht untergegangen (§ 936 Abs. 3 BGB.) und auch der Ablauf von zehn Jahren hätte den Untergang nicht herbeigeführt; sollte wirklich der Erwerber besser stehen, weil der Veräußerer ihm das Eigentum nicht verschaffen konnte? Man muß unter Berücksichtigung der Publizitätsfunktion des unmittelbaren Besitzes, wie sie in § 936 Abs. 3 BGB. anerkannt ist, den (übrigens praktisch wenig bedeutungsvollen) Satz aufstellen, daß der mittelbare Eigenbesitzer nicht die Freiheit von den dinglichen Rechten des unmittelbaren Besitzers ersitzen könne. — Ist dies richtig, so wird man aus gleichem Grunde für bloß obligatorische Besitzrechte die nur einwendungsweise wirkende Publizität des Fahrnisbesitzes aus § 986 Abs. 2 BGB. auf die Ersitzung übertragen müssen.

[3] Ausführlich darüber Gierke, Fahrnisbesitz S. 44f.

den Besitz eingeräumt, so kann der derzeitige Eigentümer, auch wenn er jenes Versprechen kennt, von dem Besitzer die Herausgabe fordern. Nur, wenn das obligatorische Recht durch eine Vormerkung gesichert war, darf man dem Besitzer eine Einrede gegen die Vindikation gewähren. Im Gesetze steht davon freilich nichts. Der obligatorisch Berechtigte, dessen Recht vorgemerkt ist, kann nach § 888 BGB. von dem Erwerber nur die Zustimmung zu dem verwirklichenden Bucheintrage, nicht etwa die Übergabe des Grundstücks verlangen. Hat er aber einmal den Besitz erlangt, so wird man ihm auch gegenüber der Vindikation des neuen Eigentümers — mit Rücksicht auf den Zweck der Vormerkung — eine Einrede, ein „Besitzbehaltungsrecht" gewähren müssen, und zwar gleichviel, auf welche Weise er den Besitz erlangt hat (Übergabe, Gewalt), gleichviel auch, wann er ihn erlangt hat, ob noch zur Eigentumszeit des Verpflichteten oder zu der des jetzigen Klägers.

Höchst streitig ist es, ob das obligatorische Besitzrecht im Konkurse des verpflichteten Eigentümers gegenüber der Vindikation des Konkursverwalters wirkt. Die Motive[1], Cosack[2], Fuchs[3], Biermann[4], Kober[5], H. O. Lehmann[6] verneinen, Dernburg[7] bejaht die Frage. Die Wahrheit wird auch hier in einer Scheidung zwischen Liegenschafts- und Fahrnisrecht liegen. Dem Fahrnisbesitzer, der schon bei der Konkurseröffnung den Besitz hatte, muß der Besitzrechtseinwand gegenüber dem Konkursverwalter so gut zustehen, wie gegenüber einem neuen Eigentümer, einem Nießbraucher oder Pfandgläubiger gemäß § 986 Abs. 2. Der Liegenschaftsbesitzer kann sich im Umfange des § 21 KO. auf Miet- oder Pachtrechte berufen, auf andere obligatorische Besitzrechte nur dann, wenn sie durch Vormerkung gesichert sind, da im Liegenschaftsrecht Publizitätswirkungen nicht an den Besitz, sondern an den Bucheintrag geknüpft sind.

III.

Nach § 986 BGB. kann der Besitzer die Herausgabe der Sache an den Eigentümer auch dann weigern,

[1] III. S. 422.
[2] Lehrb.[3] II. S. 166f.
[3] Grundbuchrecht I S. 249 Bem. 2. Fuchs spricht übrigens anscheinend nur vom Liegenschaftsrecht.
[4] Komm.[2] § 986 Anm. 1.
[5] in v. Staudingers Komm.[2] Anm. 1[e] zu § 986.
[6] Enneccerus-Lehmann, Bürg. R.[2] II S. 202.
[7] Sachenrecht[2] S. 267 Anm. 2.

„wenn der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist."

Das Gesetz gibt hiernach dem Beklagten eine Einrede aus dem Rechte eines Dritten gegen den Kläger. Jüngst hat Rudolf Stammler eine neue Theorie der „Einrede aus dem Rechte eines Dritten" entwickelt[1]. In dem reichen Material, das er verarbeitet, ist auch der Fall des § 986 Abs. 1 Satz 1 verwertet. Da die Auslegung dieses Paragraphen von der Frage abhängen dürfte, ob man der Theorie Stammlers zu folgen habe, sind hier die Bedenken kurz darzulegen, die meines Erachtens dieser Theorie entgegenstehen.

Stammlers Ausgangspunkt ist der Satz, daß ein Beklagter nur dann eine „Einrede" aus dem Recht eines Dritten geltend machen könne, wenn der Kläger sowohl gegen den Beklagten als gegen den Dritten einen „Anspruch" habe und diese beiden Ansprüche auf den gleichen Erfolg für das Vermögen des Klägers abzielen[2]; die Ansprüche könnten gleichzeitig oder sukzessiv bestehende sein[3]. Das Wort „Einrede" will Stammler dabei im weiteren, prozessualen, Sinne fassen[4], während er für den „Anspruch" den Begriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§ 194) zugrunde zu legen erklärt[5]. Schon dies erscheint nicht verständlich. Wenn z. B. bei der privativen Schuldübernahme der Übernehmer dem Gläubiger eine Einwendung der Rechtsvernichtung aus dem Verhältnisse zwischen dem Gläubiger und dem Urschuldner entgegensetzt (§ 417 BGB.)[6], so nennt Stammler eine solche Einwendung eine „Einrede aus dem Rechte eines Dritten", während doch offensichtlich ein „Anspruch" im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs weder gegen den Urschuldner noch gegen den Übernehmer besteht. Der Ausgangspunkt Stammlers könnte daher haltbar nur sein,

---

[1] Stammler, Einrede aus dem Rechte eines Dritten, Sonderabdruck aus der Hallischen Festgabe für Heinrich Dernburg 1900. § 986 ist S. 36—40 besprochen. — Vgl. auch schon Stammler, Schuldverhältnisse (1897) S. 228.

[2] Stammler S. 12, 13.

[3] Gleichzeitige: z. B. gegen Hauptschuldner und Bürgen, gegen mittelbaren und unmittelbaren Besitzer; sukzessive: z. B. gegen den früheren Schuldner und den Schuldübernehmer.

[4] So erklärt er S. 17 f.

[5] Ausdrücklich hervorgehoben S. 15.

[6] Diesen Fall behandelt Stammler S. 71 ff., indem er davon ausgeht, daß hier keine wahre Rechtsnachfolge in die Schuld vorliegt. Von dem m. E. zutreffenden gegnerischen Standpunkt aus hätte die Frage ausgeschieden werden müssen.

wenn sein Anspruchsbegriff weiter wäre, als der des Gesetzes, wenn m. a. W. dazu auch diejenigen unberechtigten Leistungsverlangen gehörten, die Ansprüche sein würden, wenn ihnen nicht eine rechtshindernde oder rechtsvernichtende Tatsache entgegenstände. Aber auch wenn man einen solchen weiteren Anspruchsbegriff substituierte, dürfte die These Stammlers nicht bewiesen sein. Warum der Kläger stets einen Anspruch gegen den Dritten haben oder gehabt haben müsse, ist nicht ersichtlich. Es wird daher keinen Anstoß erregen dürfen, wenn im folgenden bei der Prüfung der Prinzipien des § 986 sich Fälle ergeben, in denen sich der Beklagte auf Rechte aus der Person eines Dritten beruft, ohne daß der Kläger ein Recht gegen den Dritten hätte oder je gehabt hätte[1].

Allein es sei von jenem Ausgangspunkte Stammlers abgesehen. Das Ergebnis, zu dem er, nach einer völlig überzeugenden Widerlegung älterer Theorieen[2], gelangt, ist: eine Einrede (d. i. Einwendung) aus dem Rechte eines Dritten ist da statthaft, „wo an die Seite oder an die Stelle einer Verbindlichkeit eine weitere Pflicht helfend oder abgeleitet hinzutritt, derartig, daß die Nebenpflicht in ihrem Bestande und Inhalte von den gleichen Fragen für“ (? wie?) „jene erste Verbindlichkeit abhängig ist“[3]. An anderer Stelle formuliert er das Merkmal, an dem eine derartige „Nebenpflicht“ erkannt werde, dahin: die Hauptpflicht könne „wohl gedacht werden ohne die andere, begleitende, des jetzigen Beklagten; nicht aber umgekehrt“[4]. Verstehe ich diesen Gedanken richtig, so darf er vielleicht — ohne Bild — so gefaßt werden: der Beklagte hat Einwendungen aus dem Rechte eines Dritten, wenn die Substanziierung des gegen den Beklagten gerichteten Anspruchs die Anführung derjenigen Tatsachen voraussetzt, welche den Anspruch gegen den Dritten begründen. Allein, wenn auch

[1] Siehe z. B. unten S. 165 Text zu Anm. 4. Es mag ferner auf folgenden Fall hingewiesen werden: der Eigentümer eines Grundstücks klagt gegen den bösgläubigen Besitzer auf Herausgabe der gezogenen Früchte; der Beklagte wendet ein, daß er Besitzmittler eines gutgläubigen Oberbesitzers (Verpächters) sei, der dem Kläger gegenüber ein Recht auf die Früchte hätte. § 991 Abs. 1 BGB. Hier hat der Kläger einen Anspruch (in jenem weiteren Sinne) gegen den Beklagten, nicht aber gegen den Dritten (mittelbaren Besitzer); und doch kann der Beklagte zu seinen Gunsten Einwendungen ex persona tertii geltend machen. — Ob dieser Fall hierher gehört, mag man bezweifeln; doch darf man es dann nicht, wenn man mit Stammler § 417 in diesen Zusammenhang einreiht.

[2] a. a. O. S. 24—27.

[3] a. a. O. S. 29.

[4] a. a. O. S. 40.

diese Formel für manche Fälle, wie die des Bürgen, des Verpfänders oder Hypothekenbestellers[1], zutrifft, so trifft sie sicherlich für den § 986 Abs. 1 BGB. nicht zu. Der Eigentümer hat allerdings nach der mit Grund herrschenden Lehre[2] einen Anspruch gegen den mittelbaren Besitzer und einen gegen den unmittelbaren Besitzer. Aber daß die Verpflichtung des unmittelbaren Besitzers nichts als eine „angehängte Nebenpflicht" sei[3] und ohne die des mittelbaren Besitzers nicht gedacht werden könne, kann nicht zugegeben werden. Die rei vindicatio gegen den unmittelbaren Besitzer wird nur durch die Tatsachen begründet, daß der Kläger Eigentümer und der Beklagte Besitzer ist, nicht durch die weitere Tatsache, daß der Beklagte Besitzmittler eines Dritten ist. Die Herausgabepflicht des unmittelbaren Besitzers kann daher nicht nur ohne eine Verpflichtung eines mittelbaren Besitzers „gedacht" werden, sondern sie besteht in Wahrheit unabhängig von dem Bestand einer solchen, d. h. unabhängig davon, ob der Beklagte den Oberbesitz eines Dritten vermittelt oder nicht. Ja, man könnte versucht sein, gerade umgekehrt die Verpflichtung des mittelbaren Besitzers als eine „abhängige", eine „Nebenpflicht", die des unmittelbaren Besitzers als Hauptpflicht zu bezeichnen; denn jene Verpflichtung setzt begrifflich den Bestand eines unmittelbaren Besitzes an der Sache voraus; sie kann nicht gedacht werden, ohne daß eine Verpflichtung eines unmittelbaren Besitzers besteht.

Die Theorie Stammlers scheitert daher m. E. schon an § 986 Abs. 1 BGB. Welche andere Formel haltbar sei? Wohl keine. So wenig es bisher gelungen ist, die Fälle, in denen jemand ein fremdes Recht kraft Gesetzes erwirbt (cessio legis) unter eine allgemeine Formel zu bringen, so wenig dürfte dies für diejenigen Fälle gelingen, in denen jemand fremde Rechte kraft Gesetzes zur Stützung eigener Rechte vorbringen kann.

Wenn hiernach die folgende Untersuchung sich auf die Einrede des Vindikationsbeklagten aus dem Rechte Dritter beschränkt, so wird der Vorwurf einer methodisch unzulässigen stofflichen Isolierung nicht erhoben werden dürfen.

---

[1] §§ 768, 770, 1211, 1137 BGB. Dazu Stammler a. a. O. S. 30ff., 65ff.

[2] Vom Standpunkte der Wendtschen Lehre aus, welche die rei vindicatio gegenüber dem mittelbaren Besitzer versagt, wäre natürlich die Theorie Stammlers vollends unhaltbar.

[3] So sagt Stammler S. 40.

IV.

Die Einrede des Beklagten aus dem Besitzrechte des Dritten, des Zwischenmanns, wie er im folgenden kurz genannt sei, ist nach dem Wortlaute des § 986 Abs. 1 BGB. an enge Voraussetzungen geknüpft. Das Gesetz erfordert:

1. daß der Zwischenmann dem Kläger gegenüber zum Besitze berechtigt sei,
2. daß der Zwischenmann noch (mittelbarer) Besitzer sei,
3. daß der Beklagte ein „Recht zum Besitze" habe, welches er
4. von demjenigen Zwischenmann, der das Besitzrecht gegen den Kläger hat, „ableite",
5. daß der Zwischenmann zur Überlassung des Besitzes an den Beklagten dem Kläger gegenüber berechtigt sei.

Gleichgültig ist es dagegen, ob der Kläger selbst mittelbarer Besitzer zweiter Stufe ist oder des Besitzes gänzlich darbt.

Liegt eine jener fünf Voraussetzungen nicht vor, so hat nach dem Wortlaute des Gesetzes der Beklagte kein Besitzbehaltungsrecht; er muß die Sache herausgeben, sei es an den Kläger, sei es an den Zwischenmann[1].

Es wäre engherzig, bei diesem Gesetzeswortlaute Halt zu machen, statt das weitergreifende Prinzip aufzusuchen, das ihm zugrunde liegt und das der Gesetzgeber in vorsichtigem Tasten nur für einen naheliegenden Anwendungsfall ausgesprochen hat. Grundgedanke jener Norm ist, daß nicht nur ein unmittelbares Besitzrecht des Beklagten gegen den Kläger jenem ein Besitzbehaltungsrecht verschaffen soll, sondern daß ein solches Recht auch zu gewinnen sei durch Summierung eines Besitzrechts des Zwischenmanns gegen den Kläger mit einem Besitzrecht oder einer Besitzpflicht des Beklagten gegen den Zwischenmann. Es wird sich im einzelnen ergeben, daß zwar an den Voraussetzungen zu 1 und 5 festzuhalten ist, nicht jedoch an den übrigen zu eng gefaßten Erfordernissen.

Zunächst liegt offensichtlich bei der dritten und bei der vierten Voraussetzung ein Redaktionsversehen vor.

Daß der Beklagte ein „Recht zum Besitze" habe (Voraussetzung zu 3), kann ein doppeltes bedeuten: es kann an ein Recht zum Besitze gegenüber dem Kläger oder an ein solches

[1] An wen von beiden, wird im folgenden Abschnitt (V) betrachtet werden.

gegenüber dem Zwischenmann, dem mittelbaren Besitzer, gedacht werden. Jenes muß ausscheiden, soll nicht ein fehlerhafter Zirkel vorliegen. Das Erfordernis des Besitzrechts gegenüber dem mittelbaren Besitzer ist aber zu eng. Es genügt, wenn der Beklagte seinem Oberbesitzer gegenüber zum Besitze nur (im Sinne des § 868 BGB.) verpflichtet ist[1]. Auch der Depositar des Zwischenmanns hat eine Einrede gegen die Vindikation. Zur Unterstützung mag auf §§ 941, 991 BGB. hingewiesen werden, in denen das gleiche redaktionelle Versehen bei Verwendung der Worte „Recht zum Besitz" zutage tritt.

Ebenso ungenau ist die Fassung der vierten Voraussetzung: der Beklagte müsse seinen Besitz von demjenigen Zwischenmann „ableiten", der dem Kläger gegenüber besitzberechtigt ist. Es reicht ohne Zweifel aus, daß der Beklagte den Besitz von einem Vormanne des jetzt Besitzberechtigten ableitet[2].

Der Gesetzgeber will demnach bloß sagen, daß der Beklagte Besitzmittler desjenigen Dritten sein müsse, der dem Kläger gegenüber zum Besitze berechtigt ist.

Aber auch hierbei darf man nicht stehen bleiben. Es ist kein Grund ersichtlich, aus welchem der Zwischenmann noch mittelbarer Besitzer der Sache sein müsse, damit ein Besitzbehaltungsrecht des Beklagten gewährleistet sei. Auch der Beklagte, der nicht Besitzmittler ist, wird sich auf sein Besitzrecht gegenüber dem Zwischenbesitzer und dessen Besitzrecht gegenüber dem Kläger berufen dürfen, um so seinem eigenen Rechte gleichsam durch Verlängerung eine gegen den Kläger gerichtete Spitze zu geben. Z. B.: A. verkauft und übergibt (ohne Auflassung) sein Grundstück an B., der es dem C. weiter verkauft und übergibt. Hier ist dem C. eine Einrede gegen die rei vindicatio des A. zu gewähren. Stammler entscheidet den Fall zwar nach gemeinem Rechte ebenso, nicht aber nach

[1] Man könnte vielleicht annehmen, daß, wer zum Besitze verpflichtet ist, wie der Verwahrer dem Hinterleger, insoweit auch zum Besitze gegenüber dem Gläubiger solange berechtigt ist, als dieser nicht Rückgabe verlangt. Dann wäre die Ausführung des Textes fallen zu lassen; § 986 wäre nach dieser Richtung korrekt. Dafür aber wären in § 868 die Worte „oder verpflichtet" als irreleitend oder überflüssig zu streichen. Das praktische Ergebnis ist dasselbe.

[2] Beispiel: A. verkauft und übergibt (ohne Auflassung) sein Grundstück an B. B. vermietet und übergibt es dem C., behält also den mittelbaren Besitz. Dann zediert B. seine Rechte aus dem Kauf und seinen mittelbaren Besitz an D. Hier „leitet" C. seinen Besitz von B. „ab", aber nicht B., sondern D. hat jetzt ein Besitzrecht gegen den Eigentümer A. Trotzdem hätte C. eine Einrede gegen die rei vindicatio des A.

heutigem Rechte[1]. Er stützt sich hierbei auf ein argumentum e contrario aus § 999 Abs. 1 BGB., der dem Besitzer ein Ersatzrecht gibt für „Verwendungen eines Vorbesitzers, dessen Rechtsnachfolger er geworden ist". Allein, wenn man wirklich in diesem Satze mit Stammler eine „Abtretung" des dem Vorbesitzer zustehenden Impensenersatzes erblicken wollte[2], so würde das argumentum e contrario nur zu der Annahme führen, daß andere als die Impensenansprüche, z. B. in dem erwähnten Falle das Käuferrecht des B., nicht mit abgetreten seien; dies ist zuzugeben; aber es besagt für die hier behandelte Frage nichts: denn die Berufung des Vindikationsbeklagten auf das Besitzrecht des Vormanns ist nicht Geltendmachung eines früher fremden, jetzt aber eigenen, durch Zession erworbenen Rechts, sondern Geltendmachung eines noch fremden, nicht zedierten, Rechts: dagegen bietet § 999 keinen Einwand[3]. Der Zwischenmann braucht nicht mittelbarer Besitzer zu sein.

Allein man muß noch einen Schritt weiter gehen. Es ist nicht einmal für nötig zu achten, daß der Zwischenmann je (mittelbarer oder unmittelbarer) Besitzer der Sache war. A. verkauft sein Grundstück an B., B. verkauft es weiter an C., C. gelangt in den Besitz des Grundstücks, gleichviel auf welche Weise[4] (durch Übergabe seitens des A. oder eines Dritten, durch gewaltsame Dejektion des A., oder C. war Mieter und behält das Grundstück nach Ablauf der Mietszeit). Wollte hier A. gegen C. die Eigentumsklage anstrengen, so würde C. sich darauf berufen können, daß er dem B. und daß B. dem Kläger A. gegenüber obligatorisch zum Besitze berechtigt sei. Man wende nicht ein[5], daß die Abweisung der Eigentums-

[1] Einrede aus dem Rechte eines Dritten S. 78.

[2] a. a. O. S. 76, 77, gewiß mit Unrecht: es liegt eine Rechtsübertragung kraft Gesetzes vor. Trotzdem kann § 999 mit Stammler als eine Dispositivnorm gefaßt werden. A. M. freilich Kohler, Zwölf Studien z. BGB. I S. 348 Note 99.

[3] Wenn Stammler a. a. O. weiter meint, in der Annahme eines Einrederechts zugunsten des Besitznachfolgers könnte „eine Abschwächung der praktischen Durchführung des Grundbuchsystems" liegen, so ist zu entgegnen, daß eine „Abschwächung" gegenüber dem preußischen Rechte nur in der gewollten Beseitigung des § 7 Abs. 2 S. 2 des preuß. Eigentumserwerbsges. v. 5. Mai 1872 besteht: Der Grundeigentümer kann das Grundstück, wem er will, übereignen, und der Erwerber hat keine Besitzrechtseinrede zu befürchten.

[4] Darüber, daß die Art der Besitzerlangung für die Einreden gegen die Vindikation belanglos ist, s. oben II.

[5] Von anderen möglichen Einwendungen sei hier abgesehen. Nur einer Bemerkung sei vorgeheugt; das im Text Gesagte gilt, sofern es sich

klage unbillig gegen A. sei, da dieser noch dem B. zur Übergabe verpflichtet sei. Dies trifft von vornherein dann nicht zu, wenn A. das Grundstück dem C. mit Einwilligung oder mit Genehmigung des B. übergeben hat; denn dann ist A. gemäß § 362 Abs. 2 BGB. seiner Verpflichtung zur Übergabe gegen B. ledig. Aber auch wenn B. nicht zugestimmt hat, ist A. gegen die Ansprache B.'s gedeckt; denn durch die Leistung an C. ist B. gemäß § 267 BGB. von seiner Verkäuferschuld gegenüber C. partiell[1] liberiert, und zwar auf Kosten des A. und ohne rechtlichen Grund; fordert daher B. von A. Übergabe des Grundstücks, so kann dieser das Verlangen nach der meines Erachtens zutreffenden Lehre[2] mit einer Doluseinrede auf Grund der ungerechtfertigten Bereicherung schlagen.

Das Ergebnis ist hiernach: **Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, wenn er einem Dritten gegenüber zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist und der Dritte dem Eigentümer gegenüber zum Besitze und zur Überlassung des Besitzes an den Besitzer[3] berechtigt ist[4].**

V.

Wenn der Zwischenmann dem Eigentümer gegenüber nicht berechtigt ist, den Besitz dem Beklagten zu überlassen, so hat, wie soeben dargelegt, der Beklagte kein Besitzbehaltungsrecht gegen die rei vindicatio.

Allein an wen muß er die Sache herausgeben? Nach dem Wortlaute des § 986 Abs. 1 Satz 2 wäre zu scheiden: Ist der Zwischenmann mittelbarer Besitzer der Sache und gegen den

---

um Liegenschaften handelt, aus den früher entwickelten Gründen (s. o. Abschn. II a. E.) nicht im Konkurse des A., aber auch wohl nicht im Konkurse des B.

[1] nämlich von der Verpflichtung zur Besitzverschaffung.

[2] Über dieses Problem der Leistung an den creditor creditoris vgl. statt Aller die überzeugende Ausführung Cromes, Bürg. R. II S. 236f. unter γ, insbes. Anm. 39, 41.

[3] Daß der Dritte dem Beklagten den Besitz überlassen „hat", wird hiermit selbstverständlich nicht erfordert, nur daß er ihn zu überlassen berechtigt war, mag immerhin der Beklagte sich den Besitz auf andere Weise verschafft haben. — Wollte man übrigens der, wie mir scheint, bedauerlichen Neigung des Gesetzbuchs, stets auch durch die Formulierung die Behauptungslast zu regeln, Folge leisten, so müßte es heißen: „es sei denn, daß der Dritte dem Eigentümer gegenüber zur Überlassung des Besitzes an den Besitzer nicht berechtigt ist."

[4] Vom Standpunkte Stammlers aus ist das Ergebnis schon deswegen nicht haltbar, weil hier dem Beklagten eine Einrede aus dem Rechte eines Dritten gegeben wird, ohne daß der Kläger gegen diesen Dritten einen Anspruch hätte. Siehe oben S. 160, 161.

Kläger besitzberechtigt, dann ist die Sache grundsätzlich[1] an ihn, ist er es nicht, dann an den Kläger selbst herauszugeben. Hiernach findet im Eigentumsprozesse das Besitzrecht eines am Prozesse nicht als Partei beteiligten mittelbaren Besitzers ausnahmsweise Berücksichtigung. Der Eigentümer, der unter Nichtachtung dieses Besitzrechts Herausgabe an sich selbst verlangt, fordert zu viel. Hierin, *in dem Schutze des Besitzrechts eines Dritten*, ist der Grundgedanke jener Rechtsnorm, ähnlich wie für § 869 S. 2 BGB., zu erblicken[2].

Doch ist freilich auch hier die Voraussetzung für die Berücksichtigung des Dritten von dem Gesetze zu eng normiert. Eine ausdehnende Auslegung ist geboten.

Zunächst sei hervorgehoben, daß es zwar nach der üblichen Auslegung[3], aber nicht nach dem Gesetzestexte erforderlich ist, daß der Zwischenmann dem Beklagten den Besitz „überlassen" hat. Eine Besitzsukzession ist nicht verlangt; hat der Mieter das Grundstück vertragswidrig aftervermietet, so kann, auch wenn der Untermieter sich *gewaltsam* in den Besitz gesetzt hat, der Eigentümer nur Herausgabe an den Mieter begehren[4].

Zu eng ist es aber, wenn das Gesetz voraussetzt, daß der Zwischenmann *mittelbarer Besitzer* der Sache sei. Warum sollte der Pfandgläubiger, der die Pfandsache unerlaubterweise verpfändet, vermietet, deponiert, größeren Schutz genießen, als wer sie unerlaubt veräußert? Es ist umsoweniger Grund, jenen gesetzlichen Schutz durch die Veräußerung etwa als verwirkt anzunehmen, als diese gutgläubig geschehen kann; so, wenn

---

[1] Ausnahme, wenn der Zwischenmann den Besitz nicht wieder übernehmen will oder kann.

[2] Nach den Kommissionsprotokollen III S. 335 ist Zweck der (von der zweiten Kommission eingefügten) Vorschrift: Abkürzung, Vermeidung eines unnötigen Umwegs. Daß hiermit das Wesen der Sache nicht getroffen ist, leuchtet ein. Die Vorschrift hat übrigens nicht überall die m. E. verdiente Billigung gefunden, vgl. *Buhl*, Recht der beweg. Sachen S. 79 (sie könne leicht „den Eigentümer unnötig gefährden und zu Weiterungen führen"). — Einen historischen Anknüpfungspunkt für jenen Grundsatz bietet § 315 ALR. I, 21; das Recht des Eigentümers auf Entsetzung des vom Mieter vertragswidrig angenommenen Aftermieters wurde bald als negatoria, bald als rei vindicatio aufgefaßt. Dazu *Förster-Eccius*, preuß. Priv. R. [7] II S. 188, Anm. 100. Darüber ferner, daß schon vor dem Erlaß des Bürgerlichen Gesetzbuches durch § 73 ZPO. ein ähnliches Ergebnis erreicht worden ist, wie durch § 986 Abs. 1 S. 2 BGB., vgl. *Hellwig*, Verträge auf Leistung an Dritte S. 421.

[3] Vgl. z. B. *Planck* zu § 986 Anm. 1 bβ, (v. *Staudinger*-)*Kober* zu § 986 Anm. 3.

[4] Vgl. auch hierzu § 869 Satz 2 BGB.

der Pfandgläubiger die Sache auf Grund eines wegen Formmangels unrechtmäßigen Pfandverkaufs veräußert[1]. Auch hier kann der Pfandeigentümer von dem Ersteher grundsätzlich nicht Herausgabe an sich selbst, sondern nur an den Pfandgläubiger fordern. Dasselbe gilt vollends, wenn dem Zwischenmanne die Sache gestohlen worden oder verloren gegangen ist[2] oder er sie in Geisteskrankheit weggegeben hat. Schon die Analogie des § 869 Satz 2 BGB. legt hier den Schutz des Zwischenmanns nahe.

Weiter aber darf man nicht gehen. An einer Voraussetzung, die im Wortlaute des Gesetzes zum Ausdrucke kommt, ist hier festzuhalten. Das Besitzrecht des Zwischenmanns gegen den Kläger findet im Eigentumsprozesse nur dann Berücksichtigung, wenn der Zwischenmann unmittelbarer Sachbesitzer war, bevor der Beklagte Besitzer wurde[3]. Der Zwischenmann muss Zwischenbesitzer sein. Hat z. B. ein Mieter, bevor er den Besitz der Mietssache erlangte, einen unerlaubten Untermietsvertrag geschlossen und der Untermieter unmittelbar den Besitz der Sache erworben, so kann der Eigentümer von ihm Herausgabe an sich selbst verlangen. Ob der Zwischenmann ein obligatorisches oder ein dingliches Besitzrecht hat, macht hierfür keinen Unterschied; auch der Grundeigentümer, der durch Einigung und Eintragung einen Nießbrauch bestellt, dem Nießbraucher aber den Besitz noch nicht verschafft hat, kann gegen den dritten Besitzer die Vindikation mit dem Ziel der Herausgabe an sich selbst anstellen, unbekümmert um das dingliche Besitzrecht des Nießbrauchers.

Der Grund für diese Auslegung liegt auf der Hand. Die Tendenz der im vorigen Abschnitt (IV) besprochenen Rechtsnorm war, den beklagten Besitzer gegenüber dem Eigentümer zu schützen; und dazu mußte es genügen, wenn der Beklagte ein gegen den Kläger unmittelbar oder durch Summierung mittelbar wirkendes Besitzrecht hat; darauf, ob der Zwischenmann Besitzer war, konnte da nichts ankommen. Anders hier. Ordnet das Gesetz an, daß der Kläger nur Herausgabe an einen Dritten verlangen könne, so bezweckt diese Norm, den Zwischenmann dadurch zu schützen, daß

[1] Z. B. die Öffentlichkeit der Versteigerung fehlte. §§ 1235, 1243 BGB.

[2] Wofern nicht der Finder ein Zurückbehaltungsrecht hat; denn ein solches würde dem Beklagten ein unmittelbares Besitzrecht gegen den Kläger geben.

[3] Vgl. die Wendung: „wenn dieser den Besitz nicht wieder übernehmen kann oder will“.

eine Vindikation, die sein Besitzrecht unbeachtet läßt, als pluris petitio angesehen wird. Der Kläger aber, der nichts begehrt, als die Wiederherstellung des vor der Besitzerlangung des Beklagten vorhandenen Besitzstandes, begehrt nicht zu viel und nichts dem Zwischenmanne Beschwerliches.

Hiernach ergibt sich[1]: Ist ein früherer Besitzer dem Eigentümer gegenüber zum Besitze, aber nicht zur Überlassung des Besitzes an den jetzigen Besitzer berechtigt, so kann der Eigentümer von dem jetzigen Besitzer nur die Herausgabe der Sache an jenen verlangen; will oder kann jener den Besitz nicht wieder übernehmen, so kann er Herausgabe an sich selbst verlangen.

Zweiter Teil.

Die Übertragung auf andere Ansprüche.

I.

Die Grundsätze, die § 986 Abs. 1 BGB. — wenn obige Ausführungen zutreffen — mehr andeutet als entwickelt, greifen weit über den Bereich des Eigentumsherausgabeanspruchs hinaus. Das Gesetz selbst erkennt sie ausdrücklich für die Ansprüche des Erbbauberechtigten, des Nießbrauchers, des Pfandgläubigers, des früheren Besitzers an[2]. Doch wird ihr Geltungsgebiet noch weiter abzustecken sein.

Einmal sind sie auf den Eigentumsfreiheitsanspruch zu übertragen. § 1004 Abs. 2 BGB. sagt freilich nur, daß dieser Anspruch ausgeschlossen sei, wenn (kraft dinglichen oder persönlichen Rechts) „der Eigentümer zur Duldung verpflichtet" ist. Doch es wird dasselbe gelten, wenn ein Dritter duldungspflichtig ist, wofern nur der Dritte ein Recht zum Besitze gegenüber dem Eigentümer hat. Das Recht des Beklagten erlangt auch hier durch die Person eines Zwischenmanns hindurch eine Spitze gegen den Kläger. So, wenn der Eigentümer sein Grundstück verkauft und (ohne es aufzulassen) übergibt, und der Käufer einem Anderen ein zunächst nur obligatorisch wirkendes Trift- oder Durchfahrtsrecht gewährt. Doch ist, nicht anders als in § 986, Voraussetzung, daß der Zwischen-

[1] Daß die Rechtsfolge, die § 986 Abs. 1 S. 2 BGB. aufstellt, nicht an eine „Einrede" des Beklagten geknüpft ist, ist ohne Ausführung ersichtlich.

[2] §§ 1017 Abs. 2, 1065, 1227, 1007 Abs. 3 S. 2 BGB. Von dem sogenannten Erbschaftsanspruch (dazu Hellwig, Anspruch und Klagerecht §§ 7f.) wird hier abgesehen.

mann dem Eigentümer gegenüber berechtigt ist, dem Beklagten ein derartiges Störungsrecht einzuräumen. Wenn etwa ein Grundstücksnießbraucher sich einem Nachbarn gegenüber zur Duldung von Einwirkungen verpflichtet, die die Rechte des Eigentümers gefährden, so könnte dieser negatorisch klagen.

Gleichgültig muß es auch hier sein, ob der Zwischenmann (z. B. der Erbbauberechtigte, der Käufer, die ein obligatorisches Störungsrecht einräumen) die Sache bereits besitzt oder nicht. Gleichgültig auch, wenn er sie besitzt, ob er den Besitz durch Übergabe oder auf andere Weise erlangt hat[1].

II.

Dem Eigentumsfreiheitsanspruche verwandt ist der Berichtigungsanspruch[2]. Er ist zugunsten desjenigen gegeben, dessen Recht nicht oder nicht richtig eingetragen oder durch eine unrichtige Eintragung beeinträchtigt ist. Es fragt sich: kann der Beklagte, indem er die Unrichtigkeit des Grundbuchs anerkennt, der Berichtigungsklage entgegenhalten, daß der Kläger obligatorisch verpflichtet sei, die dem vorhandenen Buchstand entsprechende Rechtsstellung herbeizuführen? Z. B. der Erbe hat dem Legatar den vermachten Nießbrauch — durch Einigung und Eintragung — bestellt und klagt jetzt gegen den Legatar auf Löschung des Nießbrauchs, weil die Einigung wegen Geisteskrankheit, sei es des Erben, sei es des Legatars, nichtig war. Kann der Legatar einwenden, daß er ein Recht auf Bestellung des Nießbrauchs hat[3]? Die Frage ist bestritten[4], aber es wird nicht bedenklich sein, hierher die Grundsätze der §§ 1004 Abs. 2, 986 BGB. zu übertragen und so zur Bejahung

[1] Siehe oben Teil I Abschnitt IV.

[2] § 894 BGB. Gegen die von der herrschenden Lehre mit Grund angenommene negatorische Natur des Berichtigungsanspruchs hat sich nur Kurt Schilde in seiner höchst scharfsinnigen und reifen Erstlingsschrift über die Unrichtigkeit des Grundbuchs (1899) S. 51 ff. erklärt.

[3] Andere Beispiele: A. verkauft sein Grundstück gültig an B., B. wird als Eigentümer eingetragen, obwohl die Auflassung wegen Formmangels nichtig war; A. klagt auf Berichtigung. — Ein Hypothekar hat sich obligatorisch verpflichtet, auf die Hypothek zu verzichten; durch ein Versehen des Richters ist ohne gültigen Antrag die Hypothek gelöscht, der Hypothekar klagt auf berichtigende Wiedereintragung.

[4] Für Zulassung der obligatorischen Einrede: Schilde, Unrichtigkeit des GBs. S. 66—68, Oberneck, Reichsgrundbuchrecht S. 237, Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht I² S. 242, Biermann, Komm.² zu § 894 Anm. 2d S. 89. Vgl. auch Reichsgericht, Entsch. v. 9. Mai 1885, bei Gruchot 29 S. 966 ff. Gegen Zulässigkeit der Einrede mit formalistischer Begründung: Fuchs, Grundbuchrecht I S. 178 Bem. aa und S. 249 Bem. 2., Kober in v. Staudingers Komm. III² S. 248 Note 1 f und S. 108.

zu kommen. Die Bejahung hat keineswegs bloß die formale Bedeutung, die Löschung und Wiedereintragung des gelöschten Eintrags zu ersparen[1], sondern sie ist von erheblicher materieller Bedeutung. Wenn nämlich der fälschlich Eingetragene (der Legatar) nachträglich kraft seines Forderungsrechts (aus dem Legat) auf Einigung klagt und ein verurteilendes rechtskräftiges Erkenntnis erstreitet, solange er noch eingetragen ist, so ist er damit dinglich Berechtigter geworden[2] und zwar mit Rückwirkung auf die Zeit der Eintragung, daher mit Wirksamkeit gegen die inzwischen eingetragenen Realgläubiger; eine Berichtigung kann nun nicht mehr erfolgen, da das Buch richtig geworden ist. § 879 Abs. 2 BGB. Würde er dagegen die Verurteilung des Erben zur Einigung erst erlangen, nachdem das Grundbuch berichtigt worden ist, so bedürfte es einer neuen Eintragung, die der rückwirkenden Kraft entbehrt. Die auf das obligatorische Recht (aus dem Legat) gestützte Einrede des Beklagten gegenüber der Berichtigungsklage wird daher dazu dienen, die endgültige materielle Rechtslage nicht von dem Zufalle früherer oder späterer Rechtskrafterzielung abhängen zu lassen.

Der falsche Bucheintrag eines Rechts, auf dessen Begründung ein obligatorischer Anspruch besteht, hat hiernach ersichtlich ähnliche Wirkungen wie die Vormerkung eines solchen Anspruchs; jedoch erheblich schwächere. Die Vormerkung sichert den Rang des Rechts, schützt den Gläubiger gegen Verfügungen, Konkurs und beschränkte Erbenhaftung; die Eintragung vor der Einigung dagegen hat nur rangsichernde Kraft; veräußert der zur Einigung verpflichtete Grundeigentümer das Grundstück an einen Dritten[3] oder fällt er in Konkurs, so kann der fälschlich eingetragene Gläubiger eine Einigung nicht mehr erzwingen[4]. Hieraus ergibt sich zugleich, in welchen Grenzen die Einrede aus der Forderung auf Rechts-

[1] Diese formale Bedeutung hebt Biermann a. a. O. hervor.

[2] Da die Einigung der Eintragung folgen kann. Das gilt auch für Grundstücksübereignungen. § 20 GBO., der verlangt, daß die Auflassung der Eintragung vorausgehe, hat nur instruktionelle Bedeutung.

[3] Gleichviel ob der Erwerber die Verpflichtung des Veräußerers kannte oder nicht.

[4] Unter Umständen freilich wird man die unrichtige Eintragung geradezu im Wege der Konversion in eine Vormerkung umdeuten dürfen. Die unrichtige Eintragung zielte ab auf dingliche Rechtsänderung und somit auf Verwirklichung (Erfüllung) der obligatorischen Verpflichtung zur Rechtsänderung. Die Vormerkung bezweckt Sicherung dieser obligatorischen Verpflichtung, Vorbereitung des definitiven Eintrags. Ist hiernach ein Buchvermerk als endgültiger Eintrag nicht haltbar, so kann er immer noch

änderung gegenüber der Berichtigungsklage zulässig ist[1]. Sie ist statthaft, wenn der obligatorisch Verpflichtete (z. B. der mit dem Legat beschwerte Erbe) selber die Berichtigungsklage erhebt, aber auch, wenn ein inzwischen eingetragener Realgläubiger (Hypothekar u. dgl.) die Löschung des zu Unrecht eingetragenen Vormannes begehrt; hier beruft sich der Beklagte auf eine Forderung, die ihm nicht gegen den Kläger, sondern gegen einen Dritten (den Grundeigentümer) zusteht, deren Erfüllung durch den Dritten aber gegen den Kläger wirkt[2]. Die Einrede ist dagegen unzulässig gegenüber der Berichtigungsklage, die ein Grundstückserwerber oder der Konkursverwalter im Konkurse des Verpflichteten anstrengt.

Insoweit als der Beklagte sich auf eigenes Tabularbesitzrecht, wie man es wohl kurz nennen darf, berufen kann, kann er sich auch auf das Tabularbesitzrecht eines Dritten gegenüber dem Kläger stützen, wenn er seinen Tabularbesitz von dem Dritten ableitet. Ein Beispiel: A. verkauft gültig sein Grundstück an B., B. wird als Eigentümer eingetragen, obwohl die Auflassung wegen Formmangels nichtig ist, B. bestellt dem C., der die Nichtigkeit jener Auflassung kennt, durch Einigung und Eintragung eine Hypothek. A. klagt auf Berichtigung des Grundbuchs gegen B. und C., B. kann ihm sein Recht auf Auflassung einredeweise entgegenhalten, aber auch C. entgeht der Verurteilung, da er ein Recht gegen B. und dieser ein Recht gegen A. auf Aufrechterhaltung des Buchstandes hat.

---

als vorbereitender Eintrag wirksam sein. Damit eine gültige Vormerkung da sei, ist nötig: 1) Der Bestand einer Forderung auf Rechtsänderung (diese Voraussetzung liegt unzweifelhaft vor). 2) Der sichernde Vermerk im Grundbuche (auch diese Voraussetzung liegt vor; nur zagende Buchstabenauslegung wird das Wort „Vormerkung" vermissen). 3) Die Bewilligung desjenigen, dessen Recht von der Vormerkung betroffen wird (oder, was hier nicht in Betracht kommt, eine einstweilige Verfügung). Diese letzte Voraussetzung, an deren materiellrechtlicher Natur nicht zu zweifeln ist (vgl. Fuchs, Grundbuchrecht I S. 128 Bem. 2), kann vorliegen, liegt aber nicht immer vor: ist in dem oben angeführten Beispiele die Einigung wegen Geisteskrankheit des Legatars nichtig, so liegt sie vor, und es läßt sich dann die Nießbrauchseintragung ohne Kühnheit in eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechts auf Nießbrauchsbegründung umdeuten. Ist dagegen die Einigung wegen Geisteskrankheit des mit dem Legate beschwerten Erben nichtig, so fehlt es an der Voraussetzung zu 3, und die erwähnte Umdeutung ist ausgeschlossen.

[1] Insoweit der Bucheintrag die Kraft der Vormerkung hat (s. vorige Anm.), ist die Einrede aus der Forderung gegenüber der Berichtigungsklage unbegrenzt zulässig.

[2] Dies ist gerade die Bedeutung der Rangsicherung, § 879 Abs. 2 BGB. Voraussetzung ist natürlich, daß der obligatorisch zur Einigung Verpflichtete noch Eigentümer des Grundstücks ist.

III.

Auch den Besitzschutzansprüchen der §§ 861, 862 BGB. gegenüber sind Einwendungen aus einem gegen den Kläger gerichteten Recht zum Besitz oder zur Vornahme der Störung in beschränktem Umfange zugelassen; dann nämlich, wenn[1] eine rechtskräftige Feststellung solchen Rechts[2] erfolgt. § 864 Abs. 2 BGB. Man darf ohne Bedenken den Fall gleichstellen, in welchem der Beklagte ein Besitz- (oder Störungs-) recht gegen einen Dritten hat, der dem Kläger gegenüber besitzberechtigt ist (z. B. gegen einen Nießbraucher), wofern nur eine rechtskräftige Feststellung der beiden Rechte erfolgt. Daß die Feststellung im Prozesse zwischen dem jetzigen Kläger und dem jetzigen Beklagten geschehe, darf nicht gefordert werden. Vielmehr genügt es, wenn der Beklagte gegen den Dritten und dieser gegen den Kläger die Feststellung erwirkt hat. Eine Rechtskrafterstreckung im Sinne des § 325 ZPO. liegt hierin nicht. Vielmehr ist der Tatbestand den Fällen beizugesellen, die Hellwig mit Fug unter den Gesichtspunkt der Reflexwirkung der Urteile bringt[3].

IV.

Hier schließt sich am nächsten die Frage an, inwieweit eine deliktische Klage auf Herausgabe einer entzogenen Sache (§§ 823, 249 BGB.) durch das Besitzrecht des Beklagten lahmgelegt werden kann. Wer im Wege verbotener Eigenmacht eine Sache in Besitz nimmt, auf deren Besitz er dem Dejizierten gegenüber ein Recht hat (so der Käufer, der Mieter, der Liegenschaftsnießbraucher, die ein fälliges Recht auf Übergabe haben), kann von dem Dejizierten nicht wegen schuldhafter, rechtswidriger Verletzung des ihm zustehenden Eigentums oder sonstigen dinglichen Rechts an der weggenommenen Sache belangt werden. Das Besitzrecht schließt die Widerrechtlichkeit aus: freilich enthielt die Wegnahme eine Widerrechtlichkeit gegen den Kläger; aber nicht, daß Beklagter Besitzer wird, ist widerrechtlich, sondern daß er es ohne Achtung vor dem Rechtsfrieden, dem Besitzstande, wird. Nicht das

---

[1] vor oder nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht. So mit Grund Kipp zu Windscheid, Pand. I S. 721 Ziff. 6, S. 737 Ziff. 6., Hellwig, Lehrb. d. Zivilproz. I S. 208 Anm. 59. Anderer Meinung: Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht I[2] S. 66.

[2] Darüber, daß es sich hier nicht bloß um Sachenrechte handelt, s. o. S. 155.

[3] Wesen und subj. Begrenzung der Rechtskraft § 3.

Eigentum oder sonstige dingliche Recht des Klägers, sondern sein Besitz ist „widerrechtlich verletzt". Aus § 992 BGB. darf man nicht das Gegenteil folgern. Wenn es hier heißt, daß der Besitzer, der den Besitz durch verbotene Eigenmacht erlangt hat, dem Eigentümer „nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen" hafte, so ist damit nicht gesagt, daß die verbotene Eigenmacht gegen den Eigentümer (die widerrechtliche Besitzentziehung) stets zugleich eine widerrechtliche Eigentumsverletzung sei, sondern daß, wenn sie es ist und wenn sie außerdem schuldhaft geschieht[1], dem Verletzten die Deliktsansprüche zustehen[2].

Der Anspruch auf Herausgabe der Sache wegen rechtswidriger Besitzentziehung, der in dem angeführten Falle gegeben ist, wird aber nicht durch §§ 823, 249, sondern erschöpfend durch §§ 861 ff. BGB. geregelt[3]: daher kann ihm ein Besitzrecht nicht (§ 863 BGB.) oder doch nur nach rechtskräftiger Feststellung (§ 864 Abs. 2 BGB.) entgegengehalten werden, daher ist er ferner nach Ablauf eines Jahres ausgeschlossen. (§ 864 Abs. 1 BGB.). Wollte man die Ausschließlichkeit dieser Paragraphen leugnen und insbesondere annehmen, daß auch nach Ablauf des für die Besitzschutzklage gesetzten Jahres noch ein Anspruch wegen rechtswidriger schuldhafter Besitzentziehung mit dem Ziele der Naturalherstellung auf §§ 823, 249 gestützt werden könne, so würde man den § 864 Abs. 1 BGB. nahezu illusorisch machen: Die präkludierende Jahresfrist dieses Paragraphen hätte dann nur noch für den seltenen Fall Bedeutung, in welchem dem Handelnden verbotene Eigenmacht, aber kein Verschulden zur Last fällt; ein sicher nicht annehmbares Ergebnis[4].

---

[1] Daß Verschulden des Täters vorliege, fordern mit Fug: Planck Anm. 2a zu § 992, Biermann zu § 992, Bendix, im Recht 4 S. 47.

[2] Denn § 992 ordnet nicht bloß an, daß die Vorschriften über die Wirkungen unerlaubter Handlungen Anwendung zu finden haben, sondern es müssen auch die Voraussetzungen unerlaubter Handlungen gegeben sein. Er enthält nicht eine Erweiterung, sondern eine Einengung der deliktischen Haftung.

[3] Natürlich kann es neben dem Herausgabeanspruch auch zugunsten desjenigen dejizierten Besitzers, der kein Recht an der Sache hat, sonstige Schadensersatzansprüche geben, zwar nicht einen Anspruch auf Ersatz des Tauschwertes der besessenen Sache (wie sich aus § 851 BGB. ergibt), wohl aber auf Ersatz des durch die Entziebung dem sonstigen Vermögen zugefügten Schadens.

[4] Von dem im Texte angegebenen Standpunkt aus wird auch die Anwendung des § 848 BGB. auf den Fall des Besitzberechtigten, der den

V.

Endlich ist die Einrede des Rechts zum Besitze — in dem aus § 986 BGB. ersichtlichen Maße — gegenüber den Rückgabeansprüchen aus Schuldverträgen, wie den Ansprüchen des Vermieters, Verleihers, Verpfänders, Hinterlegers, zuzulassen.

Im gemeinen Rechte wurde die Frage nur für eine Besitzrechtseinrede, die Eigentumseinrede, aufgeworfen, und bei dieser halben Fragestellung bewendet es auch in der Literatur zum Recht des BGB[1]. Zwei römische Quellenstellen versagten grundsätzlich die Eigentumseinrede[2]; trotzdem haben sich, in sicherlich gesundem Rechtsgefühl, die Theorie und die Praxis des gemeinen Rechts bemüht, zur Zulassung der Einrede zu gelangen, indem sie mit zum Teil recht künstlichen Begründungsversuchen[3] den Anwendungsbereich jener Stellen tunlichst einengten oder sie gänzlich aus der Welt schafften[4].

Für die Beantwortung der Frage nach heutigem Recht bietet das BGB. keinen Anhalt. Allerdings heißt es schlechthin (§ 556 BGB.): „Der Mieter ist verpflichtet, die gemietete Sache

---

Besitz durch verbotene Eigenmacht erlangt hat, keine Schwierigkeit machen. Der Mieter eines Pferdes nimmt z. B. dem Vermieter und Eigentümer das Pferd, das dieser trotz Mahnung nicht übergibt, gewaltsam weg; im Stalle des Mieters wird es dann vom Blitz erschlagen oder gelähmt. Jener kann nicht etwa aus § 848 Ersatz verlangen; es liegt nur eine Besitzverletzung (wegen deren der Vermieter 1 Jahr lang Rückgabe des gelähmten Pferdes verlangen könnte), nicht aber eine Eigentumsverletzung vor, da ja der Dejizient gegenüber dem Eigentümer ein Recht zum Besitze hat. (Das Ergebnis ist gewiß angemessen, denn hätte der Vermieter die Sache, wozu er verpflichtet war, freiwillig übergeben, so wäre derselbe Schaden entstanden!)

[1] Cfr. z. B. Oertmann, Schuldverhältnisse S. 255, 315, und Anm. 2 zu § 556, Kipp in Windscheids Pand. II[8] S. 552. Etwas weiter ist die Fragestellung bei Crome, Bürg. R. II §§ 237[42], 276[23].

[2] Die oft behandelten 1 25 C 4,65 und 1 11 C 4,34.

[3] Vgl. z. B. die neueste Monographie von Freih. v. Schlippenbach, Erlanger Dissertation 1896 (vollständiger Titel bei Windscheid-Kipp Pand. II § 378[3]).

[4] Hervorzuheben Dernburg, Pand. II § 92[22]: Da Miete, Depositum, Kommodat, Verpfändung der eigenen Sache nichtig seien, leugne der Beklagte, der sich auf Eigentum berufe, die Rechtsbeständigkeit des klagebegründenden Vertrags. Vgl. auch Förster-Eccius, preuß. Priv. R.[7] I S. 747. Das Reichsgericht (Entsch. 15 S. 210 f.) und, ihm folgend, Windscheid, Pand. [8] II §§ 375 Note 3a, 378 Note 3, 382 Note 7a, 400 Note 18 lassen die Eigentumseinwendung nur zu, wenn der Beklagte das Eigentum vom Kläger selbst übertragen erhalten hat, weil in dieser Übertragung eine vertragsmäßige Aufhebung des Schuldvertrags liege. Ebenso Oertmann, Anm. 2bb zu § 695 BGB. Vgl. ferner §§ 1184, 1227 des sächs. bürgerl. Gbs.

nach der Beendigung des Mietverhältnisses zurückzugeben", ohne daß einer Eigentums- oder sonstigen Besitzrechtseinrede gedacht würde; entsprechendes gilt für den Entleiher, Verwahrer, Pfandnehmer[1]. Allein aus diesem Schweigen läßt sich weder die Unzulässigkeit, noch die Zulässigkeit der Einrede entnehmen[2].

Die Statthaftigkeit der Besitzrechtseinrede entspricht der deutschen Rechtsanschauung. Es sei daran erinnert, daß das mittelalterliche Recht, im Gegensatze zum römischen Aktionensystem, die Klagen nicht nach dem Klagegrund in dingliche, persönliche usw., sondern nach dem Begehren des Klägers in Klagen um Gut und Klagen um Schuld zerlegt[3]. Die Klage um Gut, deren Ziel die Rückgabe einer individuell bestimmten Sache ist, kann auf verschiedene Weise begründet werden: durch unfreiwilligen Verlust der Gewere oder durch freiwillige Übertragung der Gewere mit bedungener Rückgabepflicht[4]. In beiden Fällen ist sie aber eine Klage um das bessere Recht zum Besitze; „de cleger claget, det N. under sic hebbe, det he bilker hedde wen he", wie der Richtsteig Landrechts c. 11 § 1 das Wesen der Klage um Gut faßt. Der Beklagte entgeht der Klage um Gut, wenn er ein Recht zum Besitze hat; und es wird nicht weiter berücksichtigt, ob der Kläger Eigentümer der Sache oder sonst dinglich Berechtigter ist oder ob er, römisch gedacht, nur ein obligatorisches Recht hat. Dieser Gedanke ist auch nach der Aufnahme des römischen Klagensystems und dem Verfall

---

[1] §§ 604, 695, 1223 BGB.

[2] Für die Zulässigkeit der Einrede berufen sich manche auf das dolo facit, qui petit, quod redditurus est. Siehe z. B. Motive II S. 402, wohl auch Kipp zu Windscheid II S. 552. Allein einen allgemeinen Rechtsgrundsatz enthält der Spruch nicht.

[3] Vgl. z. B. Ssp. LR. I 70 §§ 1, 2, III 79 § 2, Richtsteig LR. c. 6, 11 § 1. Über diese Einteilung insbes. Laband, Vermögensrechtliche Klagen S. 5ff., 50ff., insbes. 54 u. ö., Planck, Gerichtsverfahren im MA. I S. 359f., 496[17], 500f., 701. Heusler, Instit. d. d. Pr. R. I S. 385ff. Huber, Bedeutung der Gewere S. 10ff., 14, 17, u. ö. — Wie die Grenze zwischen der Klage um Gut und der um Schuld zu ziehen sei, ist streitig. Die Klage auf Übergabe angeschaffter (geschenkter, gekaufter usw.) Sachen wird im Gegensatze zu Laband S. 149ff., 235ff., den Klagen um Schuld zuzuzählen sein. Vgl. Planck a. a. O. I S. 359 Note 1, 2, Heusler S. 386.

[4] Hierüber vor allem Huber a. a. O. Die Klage aus freiwilliger Gewereübertragung (z. B. Ssp. LR. I, 15 § 1) gründet sich darauf, daß dem Beklagten entsprechend seinem beschränkten Recht an der Sache auch nur eine zeitlich beschränkte Gewere zugestanden habe, daß die Gewerezeit abgelaufen sei und folgeweise der Beklagte kein Besitzrecht mehr gegen den Kläger habe.

der deutschen Klagengliederung lebendig und für die Erkenntnis des heutigen Rechts wertvoll. Wenn heute die dinglichen Ansprüche streng von den persönlichen geschieden werden, so wird doch da, wo der mittelbare Besitzer den seinen Oberbesitz begründenden obligatorischen Herausgabeanspruch geltend macht, der Beklagte ihm sein besseres Recht zum Besitz gerade so entgegenstellen können, wie wenn der Herausgabeanspruch dinglich begründet worden wäre. Ist ja doch der obligatorische Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers in seinem innersten Kern der Klage um Gut verwandt, die der frühere oder mittelbare[1] Gewere-inhaber gegen den Gedingsmann aus dem Gedinge erhebt[2] [3].

So erscheint in Wahrheit die Ansicht gerechtfertigt, die gegenüber der Schuldklage des Deponenten die Eigentumseinrede des Depositars zuläßt, freilich nicht, weil das Eigentum des Depositars den Vertrag nichtig machte[4], sondern weil das Eigentum ein besseres Besitzrecht, daher hier ein Besitzbehaltungsrecht gibt. Daraus folgt, daß, wenn ausnahmsweise der Deponent ein besseres Besitzrecht (z. B. Nießbrauch) haben sollte, als der beklagte Depositar und Eigentümer, er damit

[1] „Frühere Gewere“ dann, wenn durch die Weggabe die Gewere völlig erloschen ist; dies z. B. bei Weggabe von Fahrnis. „Mittelbare“ Gewere dann, wenn trotz Besitzübertragung die Quellen dem Tradenten noch eine übergeordnete Gewere zusprechen; so für den Lehnsherrn, Verpächter, Vermieter von Liegenschaften. Freilich ist die Existenz einer solchen übergeordneten Gewere für das mittelalterliche Recht stark bestritten. Über die Kontroverse: die bei Gierke, Fahrnisbesitz S. 8 Anm. 18 Zitierten.

[2] Gerade so verwandt, wie die auf unfreiwilligen Gewereverlust gestützte Klage um Gut dem Anspruche aus § 1007 Abs. 2 BGB. verwandt ist.

[3] Inwieweit auch sonst dem zusammenfassenden Begriffe der ‚Klage um Gut‘ im Gegensatze zur ‚Klage um Schuld‘ für das heutige Recht noch Bedeutung zukommt, kann hier nicht untersucht werden. Unter jenen Begriff werden 1. die dinglichen Herausgabeansprüche, 2. die obligatorischen Rückgabeansprüche gegen den Vertragsgegner fallen, aber ferner auch 3. gewisse andere obligatorische Rückgabeansprüche, die ipsa lege bestehen, wie die Ansprüche des Vermieters oder Verleihers gegen den Dritten, dem der Mieter oder Entleiher den Sachgebrauch überlassen hat, nach Ende des Vertragsverhältnisses; §§ 556 Abs. 3, 604 Abs. 4 BGB. Auch diese Ansprüche finden im älteren deutschen Rechte ihre geschichtliche Anknüpfung: man denke an die Klage um Gut aus Gedinge gegen einen Besitznachfolger des Gedingsmannes. (Hierüber Huber a. a. O. S. 10—12, 17 ff., 60 f.)

[4] Gegen solche Annahme mit Fug Kipp zu Windscheid, Pand. II. S. 552. — Dernburg, Bürg. R. II, 2. § 219 a. E. leugnet jetzt die Eigentumseinrede des Liegenschaftsmieters wegen § 556 Abs. 2 BGB. Mit Recht hiergegen Crome, Bürg. R. II. § 237 Note 42.

den Eigentums- (besser Besitzrechts-)einwand des Beklagten replicando schlagen kann[1]. Er ist daher nicht zur Klagänderung und klagweisen Geltendmachung seines besseren Besitzrechts (aus dem Nießbrauche) gezwungen. Aus demselben Grunde, aus welchem die Eigentumseinrede des Beklagten durchgreift, muß auch ein anderes Besitzrecht ausreichen, um die persönliche Klage des Deponenten zu Falle zu bringen, und zwar ein dingliches so gut wie ein persönliches (z. B.: der Depositar hat den Pfandgläubiger oder den Mieter der deponierten Sache beerbt). Aber auch hierbei kann man nicht stehen bleiben. Wer sich gegenüber der Schuldklage auf ein eigenes Besitzrecht gegen den Kläger berufen könnte, kann sich — gerade so wie nach §§ 986, 1007 BGB. — auf das Besitzrecht eines Dritten berufen, dem gegenüber er zum Besitze berechtigt ist. Deponiert[2] der Eigenbesitzer A. die Sache des B. bei C. und klagt er nachher auf Rückgabe, so kann C. ihn mit der Einrede schlagen, daß B. Eigentümer und daß er selbst dem B. gegenüber zum Besitze berechtigt ist, z. B. die Sache nachträglich von B. gemietet hat.

Wie aber, wenn der Kläger der Besitzrechtseinrede des Beklagten ein gleich gutes (nicht besseres) Besitzrecht replicando entgegenstellen kann? Der klagende Deponent hatte z. B. die Sache vom Eigentümer ebenfalls gemietet. Dann ist die Besitzrechtseinrede geschlagen und der Klage auf Rückgabe stattzugeben, da, bei im übrigen gleichen Besitzrechten, der obligatorische Herausgabeanspruch des Klägers diesem ein Übergewicht gibt[3].

[1] Vgl. Kipp a. a. O.

[2] Ein anderes Beispiel: X. vermietet sein Grundstück auf 2 Jahre an Z. und übergibt es ihm, nachdem er dem Y. einen Nießbrauch daran bestellt hat; Z. mietet das Grundstück dann nochmals von Y. auf weitere 2 Jahre. Wenn nach Ablauf der ersten 2 Jahre X. gegen Z. vertraglich auf Herausgabe klagt, so hat Z. eine Einrede.

[3] Die hier entwickelten Sätze gelten entsprechend für die Ansprüche aus §§ 556 Abs. 3 und 604 Abs. 4 BGB. Siehe darüber oben S. 31 Anm. 3 i. f.



AUS DEN GRENZGEBIETEN DER FREIWILLIGEN UND DER STREITIGEN GERICHTSBARKEIT.



VON L. BUSCH,
KAMMERGERICHTSRAT ZU BERLIN.



Man hat versucht, die Gebiete der freiwilligen und der streitigen Gerichtsbarkeit durch allgemeine Begriffsbestimmungen voneinander abzugrenzen; namentlich ist die Formel aufgestellt worden, „bei Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit wirke die Staatsgewalt zur Gestaltung von Privatrechtsverhältnissen mit“[1], oder, „es seien die Gerichte zur sicheren Hervorbringung, Abänderung, Erhaltung oder Aufhebung gewisser Rechtsverhältnisse tätig“[2], während bei der streitigen Gerichtsbarkeit „die Tätigkeit der Gerichte auf Aufrechterhaltung und Verwirklichung privater Rechte gerichtet sei“. Diese Versuche müssen jedoch als vergebliche erachtet werden. Nach dem geltenden Rechte sind die der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugewiesenen Angelegenheiten derartig mannigfaltig und verschiedenartig, daß ihre Zusammenfassung zu einem einheitlichen Begriffe nicht angängig erscheint[3]. Dies erhellt ohne weiteres, wenn man sich die Entwickelungsgeschichte des RFGG. vergegenwärtigt. Der I. Entwurf zum BGB. enthielt auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine Anzahl Bestimmungen, die zur gleichmäßigen Durchführung des neuen Rechts erforderlich erschienen, namentlich bzl. der Güterrechtsregister, der Errichtung von Testamenten, der Erteilung von Erbscheinen. Ferner wurde die einheitliche Ordnung des Grundbuchwesens durch Erlassung einer Grundbuchordnung sowie die Regelung des Verfahrens in den das Familienrecht betreffenden Angelegenheiten, insbesondere in Vormundschaftssachen, empfohlen[4] und ein von Planck im Jahre 1881 gefertigter Gesetzentwurf beigefügt, der das „Verfahren in Vormundschaftssachen und sonstigen das Familienrecht

[1] Wach, Zivilprozeß S. 42, 52.
[2] Osterley, Versuche aus dem Gebiete der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit S. 4.
[3] Vgl. Schultze-Görlitz, Rausnitz RFGG. Anm. 1 zu § 1.
[4] Anmerkungen zum III. und IV. Buch des I. Entw.

betreffenden Angelegenheiten" zum Gegenstande hatte. Nachdem **Planck** diesen Entwurf in einem im Jahre 1888 vorgelegten zweiten Entwurf „betreffend Angelegenheiten der nicht streitigen Rechtspflege" auf andere „Extrajudizialsachen", wie im gemeinen Rechte die nicht Prozesse betreffenden Gegenstände der Rechtspflege genannt wurden, namentlich auf Nachlaßsachen ausgedehnt hatte, erklärte die II. Kommission die Erlassung eines besonderen Gesetzes „betreffend die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit" für notwendig[1] und verwies bei der Beratung des I. Entwurfs eine Anzahl Bestimmungen, die sich auf das Verfahren in solchen Angelegenheiten bezogen, in das in Aussicht genommene Gesetz. In der Denkschrift zum Entwurf des neuen HGB. wurde sodann weiter für unumgänglich erklärt, daß in jenes Gesetz einheitliche Bestimmungen über die Zuständigkeit und das Verfahren in den zur streitigen Gerichtsbarkeit nicht gehörenden Handelssachen aufgenommen würden[2]. Das demnächst gemäß diesen Grundlagen und leitenden Gesichtspunkten zustande gekommene Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898 umfaßt eine Fülle verschiedenster Gegenstände und überträgt den Gerichten der freiwilligen Gerichtsbarkeit Funktionen, die von Anordnungen lediglich rechtsverwaltender Natur sich bis zu Entscheidungen über Privatrechtsstreitigkeiten erstrecken. Außerdem gelten die in den §§ 1—34 des I. Abschnittes enthaltenen allgemeinen Vorschriften nicht nur für die in den Abschnitten II—X geregelten einzelnen Angelegenheiten, sondern gemäß § 1, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, auch für diejenigen Angelegenheiten der FG., die durch andere Reichsgesetze den Gerichten übertragen sind, z. B. für: die Führung des Musterregisters (§ 9 Ges. vom 11. Januar 1876), die Führung des Börsenregisters (§ 54 Börsenges. vom 22. Juni 1896), die Bewilligung von öffentlichen Zustellungen in den Fällen der §§ 132, 176 BGB., die Bestellung eines Vertreters in den Fällen der §§ 1141, 1192, 1200 BGB., die Abnahme der eidesstattlichen Versicherung zur Erlangung eines Erbscheines gemäß § 2356 BGB., die Beurkundung von Generalversammlungsbeschlüssen der Aktiengesellschaften und der Kommanditgesellschaften auf Aktien gemäß §§ 259, 320 Abs. 3 HGB., die Herstellung von Teilhypothekenbriefen gemäß §§ 61, 70 Abs. 1

[1] Protokolle Bd. I S. 1.
[2] **Hahn-Mugdan**, Materialien VI S. 191 (Drucks. d. Reichst. 1895/97 Nr. 632 S. 3).

Grundbuchordnung. Ferner enthält das RFGG., abgesehen davon, daß es im § 200 den Landesgesetzen allgemeinhin die Erlassung von Vorschriften zu seiner Ergänzung und Ausführung gestattet, eine Ordnung der Verfahren nur zum Zwecke der Durchführung des BGB. und seiner Nebengesetze, während die Regelung der sonstigen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit den Landesgesetzen überlassen worden ist[1]. Demnach kann nur jedesmal im einzelnen Falle nach den einschlägigen positiven Gesetzesvorschriften darüber entschieden werden, ob eine Angelegenheit zur streitigen oder ob sie zur freiwilligen Gerichtsbarkeit gehört. Jedoch wird als Regelsatz aufzustellen sein, daß, wenn es sich um privatrechtliche Streitigkeiten handelt und sich weder das RFGG., noch die sonstigen die FG. betreffenden Gesetze zur Anwendung bringen lassen, gemäß § 13 GVG., § 3 EG. z. ZPO. das Zivilprozeßverfahren stattzufinden hat. Dabei ist zu bemerken, daß nach dem geltenden Recht einerseits zur streitigen Gerichtsbarkeit Angelegenheiten gehören, die man sich sehr wohl als dem Verfahren der FG. unterliegend denken könnte, wie z. B. die Entmündigungssachen (§§ 645 ff. ZPO.), das Aufgebotsverfahren (§§ 946 ff. ZPO.), und andererseits der freiwilligen Gerichtsbarkeit Angelegenheiten zugewiesen sind, die man zur streitigen Gerichtsbarkeit zählen könnte und die nach früherem Recht auch dazu gezählt worden sind, wie z. B. die nach früherem Recht zur Zuständigkeit des Prozeßgerichts gehörenden Streitigkeiten: über die Erziehung der Kinder geschiedener Eheleute (§ 1635 Satz 2 BGB., § 43 RFGG.)[2], über die Enthebung eines Testamentsvollstreckers von seinem Amt (§ 2227 BGB.)[3], über die Ernennung und Abberufung von Liquidatoren einer Handelsgesellschaft (§§ 146 Abs. 2, 147, 295 Abs. 2, 3 HGB., § 145 RFGG.)[4]. — Schneider[5] erachtet das Verfahren der Zwangsversteigerung auch nach heutigem Recht als zur freiwilligen Gerichtsbarkeit gehörend, weil die Tätigkeit des Gerichts in

---

[1] Denkschrift z. FGG. Hahn-Mugdan, Materialien VII S. 33 (Drucks. d. Reichst. 1897/98 Nr. 21 S. 31).

[2] Vgl. RGEntsch. 46 S. 168 (gem. R.), Mot. z. I. Entw. d. BGB. IV. S. 626. Anders RGEntsch. 23 S. 384 (preuß. R.).

[3] Vgl. RGEntsch. Bd. 23 S. 206, Bd. 46 S. 70, Kammerger. Jahrb. 25 A. 75 (preuß. R.).

[4] Vgl. RGEntsch. Bd. 13 S. 156, Bd. 45 S. 396 (früh. R.), Jur. Wochenschr. 1901 S. 754 Nr. 13 (jetz. R.).

[5] Das Beschlußverfahren und die Rechtskraft in privatrechtlichen streitigen Angelegenheiten der FG., in Busch, Z. f. ZPr. Bd. 29 S. 96 ff.

diesem Verfahren „sich auf Verschaffung neuer oder Kürzung vorhandener Rechte richte“; er beruft sich auf ein Urteil des Reichsgerichts in den Entscheidungen Band 45 S. 332 und meint, es seien die allgemeinen Vorschriften der §§ 1—34 RFGG. auf dieses Verfahren zur Anwendung zu bringen. Dies ist unzutreffend. Die genannte Entscheidung stützt die Ansicht nicht; denn es wird dort lediglich die Frage behandelt, ob ein im Jahre 1842 erlassenes Adjudikationsurteil nach dem damals maßgebenden preußischen Recht einem Urteil in einer Rechtsstreitigkeit gleich zu achten sei. Im übrigen ist zuzugeben, daß, weil in dem Zwangsversteigerungsverfahren einander gegenüberstehende Parteien nur ausnahmsweise auftreten und die Tätigkeit des Gerichts in der Hauptsache nicht eine rechtsprechende, sondern auf Leitung und Ordnung des Ganges der Versteigerung gerichtete ist, eine Angliederung des Verfahrens an das der freiwilligen Gerichtsbarkeit wohl möglich sein möchte. Allein, wie das Konkursverfahren, in welchem der Konkursrichter, abgesehen von der Bestätigung eines Zwangsvergleichs (§§ 184 ff. KO.), in der Hauptsache ebenfalls nur eine beaufsichtigende und leitende Tätigkeit ausübt, zufolge der Vorschrift des § 72 KO. zur streitigen Gerichtsbarkeit gehört, so ist auch das Zwangsversteigerungsverfahren durch positive Gesetzesbestimmung dem Gebiete der FG. entrückt. Nach § 866 ZPO. erfolgt die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück, außer durch Eintragung einer Sicherungshypothek, auch durch Zwangsversteigerung und durch Zwangsverwaltung, und im § 869 ZPO. ist bemerkt, daß die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung durch ein besonderes Gesetz geregelt werden sollen. Da diese Vorschriften in dem die Überschrift „Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen“ tragenden Titel 2 des die „Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen“ behandelnden Abschnittes II des VIII. Buchs der ZPO. über die Zwangsvollstreckung sich befinden, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß die in Abschnitt I gegebenen allgemeinen Vorschriften über die Zwangsvollstreckung auch auf die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung Anwendung finden, daß überhaupt das ZwVG. als Teil der ZPO. anzusehen und aus dessen allgemeinen Bestimmungen zu ergänzen ist; gerade deswegen ist im § 869 ZPO. der zu bewirkenden Regelung durch ein besonderes Gesetz Erwähnung getan[1]. Es sind demnach

[1] Struckmann-Koch, Gaupp-Stein, Anm. 2 zu § 869 ZPO.

die §§ 1—34 RFGG. auf das Zwangsversteigerungsverfahren nicht anwendbar.

Schneider[1] hebt andererseits aus den im RFGG. geregelten Angelegenheiten zehn als eigenartig gestaltet hervor und bezeichnet sie als „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten“, als „streitige Verfahren“; er will diese Verfahren einer besonderen Beurteilung unterzogen wissen und erachtet namentlich nur auf sie die allgemeinen Vorschriften der §§ 1—34 RFGG. in vollem Umfange für anwendbar. Allein der Ausgangspunkt für diese Aussonderung erscheint nicht zutreffend, und es wird auch für die richtige Handhabung des Gesetzes dadurch wenig gewonnen. Allerdings gibt es, wie bereits erwähnt, in dem RFGG. Verfahren, in denen, wie im Prozeß, Parteien sich gegenüberstehen und Streitigkeiten über privatrechtliche Verhältnisse zur Entscheidung gebracht werden; so außer den oben genannten z. B. die Streitigkeiten: über Ausschließung der Schlüsselgewalt der Ehefrau (§ 1357 Abs. 2 BGB.), über die Berechtigung des Ehemannes zur Aufkündigung eines Dienstverhältnisses der Ehefrau (§ 1358 BGB.), über die Zustimmung der Frau zu einem Rechtsgeschäft des Mannes (§ 1379 BGB.), über die Art und die Zeit des den Kindern von den Eltern zu gewährenden Unterhalts (§ 1612 Abs. 2 BGB.), über Einwilligung der Eltern zur Eheschließung des Kindes (§ 1308 BGB.). Indessen auch bei den sog. „streitigen“ Verfahren ist die Stellung der Beteiligten zueinander und die Tätigkeit des Gerichts vielfach verschieden geartet; bald wird, wie z. B. bei der Bestimmung der Art des Pfandverkaufs (§ 1246 Abs. 2 BGB., § 166 RFGG.), nur eine der Billigkeit entsprechende Vermittelung zwischen den Interessen der Beteiligten bei dem Gerichte nachgesucht, bald findet, wie z. B. bei der Ernennung von Revisoren zur Prüfung der Gründung oder der Geschäftsführung einer Aktiengesellschaft (§§ 192, 266 HGB., § 145 RFGG.), ein Verfahren von prozeßrechtlichem Charakter statt. Es sind daher die Verfahren, welche als „streitige“ gelten könnten, garnicht bestimmt abzugrenzen. Eine solche Abgrenzung erscheint auch weder notwendig noch auch nur zweckmäßig. Die Faktoren der Gesetzgebung haben für die Erledigung auch dieser Streitigkeiten ein Prozeßverfahren, das dem Betriebe der Parteien unterliegt und bei dem der Richter an

---

[1] Vgl. auch Jastrow, „Die Verrichtungen des Vormundschaftsgerichts bei güterrechtlichen Streitigkeiten unter Eheleuten“ in Busch, Z. f. ZPr. Bd. 25 S. 128ff., 155.

die von den Parteien geltend gemachten Tatsachen und vorgebrachten Beweise gebunden ist, nicht für angebracht erachtet und deshalb durch Einreihung derselben in das RFGG. die Parteistellung der Beteiligten gegenüber der Offizialtätigkeit des Gerichts zurücktreten lassen[1]. — Ferner kann auch nicht anerkannt werden, daß die allgemeinen Bestimmungen der §§ 1—34 RFGG. im wesentlichen nur auf „streitige" Verfahren anwendbar sind. Der Wortlaut des § 1 RFGG. läßt keinen Zweifel darüber, daß diese Vorschriften, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, für alle im RFGG. geregelten Verfahren gelten sollen. Gerade deshalb erscheinen diese Vorschriften, welche Schneider als „minderwertig" bezeichnet, im Gegenteil als besonders geschickt gefaßt, weil sie sich allen Verfahren des RFGG. trotz ihrer großen Verschiedenartigkeit anpassen lassen. Es mag genügen, dies an zwei Hauptpunkten der betreffenden Erörterungen Schneiders nachzuweisen. § 12 RFGG. wird von Schneider bei der Aufnahme eines Vertrages (§§ 167 ff. RFGG.) oder bei der Ernennung eines Sachverständigen zur Feststellung des Zustandes einer Sache (§ 164 RFGG.) nicht für anwendbar erachtet, weil dabei „von Amts wegen zu veranstaltende, zur Feststellung von Tatsachen erforderliche Ermittelungen" bezw. „die Aufnahme geeignet erscheinender Beweise" nicht in Frage kommen könnten. Jedoch bringt § 12 nur das für alle Verfahren des RFGG. geltende wesentliche Prinzip zum Ausdruck, daß zur erforderlichen Feststellung von Tatsachen die Offizialtätigkeit des Gerichts einzutreten hat. Er verordnet nicht, daß das Gericht Ermittelungen veranstalten und Beweise aufnehmen müsse, sondern legt dem Gericht die Pflicht, eine solche Tätigkeit von Amts wegen auszuüben, nur ob, wenn und soweit es der Ermittelungen bedarf und geeignete Beweise vorhanden sind. — Des weiteren meint Schneider, § 31 RFGG. spreche ganz allgemein von Erteilung der Zeugnisse über die Rechtskraft von Verfügungen, während doch nicht die Rede davon sein könne, daß in allen den im RFGG. behandelten Angelegenheiten Rechtskraft eintrete. Richtig ist, daß man von Rechtskraft einer Entscheidung nur dann sprechen kann, wenn eine Frist für die Anfechtung der Entscheidung gesetzlich bestimmt und diese unbenutzt abgelaufen oder der Instanzenzug erschöpft ist. § 31 RFGG. hat aber keine andere Bedeutung, als daß

[1] Vgl. Protokolle der II. Kommiss. Bd. IV. S. 32.

die Zuständigkeit des Gerichtsschreibers erster Instanz zur Erteilung von Rechtskraftzeugnissen für den Fall bestimmt werden soll, daß überhaupt eine rechtskräftige Verfügung in Frage kommt. Daraus ist also nichts dafür zu entnehmen, daß die allgemeinen Vorschriften der §§ 1—34 RFGG. garnicht oder doch nur zum Teil auf die „nicht streitigen" Verfahren anwendbar seien. Überdies findet auch nicht in allen zehn von Schneider als „streitige" bezeichneten Verfahren das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde statt, z. B. nicht gegen die Entscheidung: über die Art und die Zeit des einem Kinde zu gewährenden Unterhalts (§ 1612 Abs. 2 BGB.), über die Art des Pfandverkaufs (§ 1246 Abs. 2 BGB., § 166 RFGG)., über die einem gemäß § 165 Abs. 1 RFGG. bestellten Verwahrer zu gewährende Vergütung (§ 165 Abs. 2 RFGG.). Andererseits ist die sofortige Beschwerde in vielen Fällen gegeben, welche Schneider nicht zu den „streitigen" Verfahren rechnet, z. B. gegen die Entscheidung: über Berichtigung einer Eintragung im Standesregister (§ 70 RFGG.), über Volljährigkeitserklärung (§ 56 Abs. 2, § 60 Ziff. 6 RFGG.), über Bestätigung einer vorgängigen Vereinbarung oder einer Auseinandersetzung hinsichtlich eines Nachlasses (§ 96 RFGG.). Es haben mithin die „streitigen" Verfahren auch nach dieser Richtung kein bestimmtes unterscheidendes Merkmal. — Ferner hält Schneider selbst eine analoge Anwendung der Vorschriften der ZPO. auf die „streitigen" Verfahren, sofern diese Anwendung nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist, für unzulässig, auch in solchen Fällen, in denen bei der Annahme einer „bürgerlichen Rechtsstreitigkeit" die Anwendung nahe liegen würde. So schließt er im Falle des § 16 Abs. 2 RFGG., wenn die Bekanntmachung einer Verfügung durch Zustellung nach den für die Zustellung von Amts wegen geltenden Vorschriften der ZPO. (§§ 208—213) zu erfolgen hat, die Anwendung des § 176 ZPO., wonach Zustellungen in einem anhängigen Rechtsstreit an den für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten erfolgen müssen, nicht nur für die „nicht streitigen", sondern auch für die „streitigen" Verfahren aus. Dagegen hat das Kammergericht in dem Beschlusse vom 21. Oktober 1901[1] ausgesprochen, daß, wenn die Beteiligten Bevollmächtigte bestellt haben, hinsichtlich des Beginns einer Frist die an die Beteiligten selbst erfolgende Zustellung unwirksam sei. Diese

[1] Jahrb. Bd. 22 A. 198, Samml. d. RJA. Bd. 2 S. 210.

Entscheidung hat in der Rechtswissenschaft allerdings mehrfach Angriffe erfahren[1]. Jedoch können diese nicht für zutreffend erachtet werden. Da das RFGG. im § 16 Abs. 2 ganz allgemein die Anwendung der Vorschriften der ZPO. über die Zustellung von Amts wegen vorschreibt und § 208 ZPO. auf diese Zustellung wiederum allgemeinhin die Vorschriften über Zustellungen auf Betreiben der Parteien entsprechend Anwendung finden läßt, so könnte § 176 ZPO. in den Verfahren des REGG. nur dann als unanwendbar gelten, wenn die Natur dieser Verfahren der Anwendung entgegenstände. Letzteres ist nicht der Fall. Gewichtig erscheint allerdings der Einwand, daß es in den Verfahren des RFGG. einen „für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten" nicht gebe. Die ZPO. versteht unter einem „Prozeßbevollmächtigten" denjenigen Bevollmächtigten, dem die prozessuale Verrretung einer Partei in dem durch § 81 vorgesehenen, nach § 83 Abs. 1 nur nach gewissen Richtungen beschränkbaren Umfange zusteht, im Gegensatze zu dem von diesem Bevollmächtigten gemäß § 81 Halbs. 2 für einzelne Prozeßhandlungen oder auch für die ganze Instanz bestellten Vertreter (Substituten)[2] und zu dem für einzelne Prozeßhandlungen, für welche eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, gemäß § 83 Abs. 2 bestellten Bevollmächtigten. Das RFGG. enthält eine Bestimmung über den Umfang der Rechte eines Bevollmächtigten nicht, vielmehr beschränkt es sich darauf, im § 13 die Vertretung der Beteiligten durch Bevollmächtigte, soweit nicht vom Gericht das persönliche Erscheinen angeordnet ist, für zulässig zu erklären. Daraus folgt aber nicht, daß es in den Verfahren des RFGG. einen dem „Prozeßbevollmächtigten" entsprechenden Bevollmächtigien nicht gibt. Wer von einem Beteiligten in diesem Verfahren allgemeinhin zur Wahrnehmung der Rechte desselben betraut worden ist, wird entsprechend als „Verfahrensbevollmächtigter" anzusehen sein. Über den Umfang der Vollmacht, hinsichtlich dessen das RFGG. wegen der Verschiedenartigkeit der Verfahren eine allgemeine Vorschrift garnicht geben konnte, entscheidet der Wille des Machtgebers. Durch diesen kann allerdings die Vertretungsmacht beliebig

[1] Vgl. Werle in Zentr. Bl. f. F. G. III S. 1, Josef das. S. 763. Für die Ansicht des Kammergerichts: Frese das. S. 320, Aron, „Der Geltungsbereich der allgemeinen Vorschriften des RFGG." in Busch, Z. f. ZPr. Bd. 27 S. 310 ff., 337.

[2] Zustellungen an den Substituten sind unwirksam: RGEntsch. Bd. 11 S. 370, Jur. Wochenschr. 1891 S. 246 Nr. 3, Gruchot Bd. 36 S. 1228 u. a.

beschränkt werden; ergibt sich aber eine solche Einschränkung aus der Vollmacht nicht, so wird anzunehmen sein, daß der Machtgeber die völlige Vertretung seiner Rechte in dem ganzen Verfahren bis zu dessen Erledigung dem Bevollmächtigten übertragen hat. Es ist also Auslegungssache, ob von einem Beteiligten ein „Verfahrensbevollmächtigter" bestellt oder nur eine Vollmacht für einzelne Verfahrenshandlungen, z. B. nur für Wahrnehmung eines Termins, erteilt worden ist. Wenn ersteres anzunehmen ist, wird der gesetzgeberische Grund für die Vorschrift des § 176 ZPO., daß die Partei sich durch die Erteilung der Prozeßvollmacht des eigenen Prozeßbetriebes begeben habe und von der eigenen Überwachung des Verlaufs des Prozesses, insbesondere hinsichtlich einzuhaltender Fristen, befreit sein wolle[1], auch bezüglich eines solchen Verfahrensbevollmächtigten als zutreffend und damit die Anwendbarkeit des § 176 ZPO. anzuerkennen sein. Die, allerdings auch für die Fälle, in denen mit der Bekanntmachung einer Verfügung eine Frist beginnt, geltende[2] Vorschrift des § 16 Abs. 3 RFGG., wonach einem Anwesenden die Verfügung zu Protokoll bekannt gemacht werden kann, steht der Anwendung des § 176 ZPO. nicht entgegen. Denn es handelt sich dabei um eine Ausnahmevorschrift, die sowohl für die Beteiligten selbst, als auch für deren etwaige Bevollmächtigte gilt, je nachdem die einen oder die anderen anwesend sind. Eine solche Bekanntmachung zu Protokoll steht gleich einer Verkündung der Entscheidung an den Anwesenden; durch sie wird, ähnlich wie gemäß § 329 Abs. 1, 3 ZPO. bei den auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergehenden Beschlüssen im Zivilprozeß, eine Zustellung oder sonstige Bekanntmachung an den Anwesenden überhaupt überflüssig gemacht, sodaß eine Zustellung an den Bevollmächtigten garnicht in Frage kommt. Ferner steht der Anwendung des § 176 ZPO. auch nicht entgegen, daß, wie sich aus § 13 RFGG. ergibt, von dem Gericht das persönliche Erscheinen der Beteiligten angeordnet werden kann. Diese Befugnis des Gerichts kann mit der Frage, ob eine (nach der Anordnung ergehende) Entscheidung dem Beteiligten oder dessen Bevollmächtigten zugestellt werden muß, überhaupt nicht in Zusammenhang gebracht werden. Denn gleichviel, ob der Beteiligte auf die Anordnung hin erscheint oder nicht, muß die Bekanntmachung der demnächst ergehenden Entscheidung

[1] Begr. zu § 155 Entw., § 176 ZPO., Hahn, Materialien II S. 227 ff.
[2] Kammerger. in Samml. d. RJA. Bd. 2 S. 53.

nach den allgemeinen Regeln erfolgen. Endlich kann auch nicht entgegengehalten werden, daß in einigen Angelegenheiten der FG., z. B. beim Einschreiten des Vormundschaftsgerichts gegen den Vater oder gegen den Vormund wegen Mißbrauchs der elterlichen Gewalt bezw. wegen Pflichtwidrigkeit (§§ 1666, 1667, 1886 BGB.), beim Ordnungsstrafverfahren des Registerrichters (§§ 132 ff. RFGG.), das Verfahren ein dem Strafprozeß ähnliches sei, im letzteren aber trotz der Vorschrift des § 37 StrPO. die Zustellungen an den Beschuldigten selbst rechtswirksam erfolgen könnten, auch wenn er einen Verteidiger bestellt habe[1]. Denn einesteils ergeben die allgemeinen Vorschriften der §§ 1—34 RFGG., daß, wenn von einer Anlehnung an ein Streitverfahren überhaupt die Rede sein kann, lediglich der Zivilprozeß, und zwar auch nur in bestimmten Einzelpunkten, hierfür in Betracht kommt, und andernteils kann im Strafverfahren auf erhobene öffentliche Klage von einer Bevollmächtigung mit der Befugnis zur Vertretung des Beschuldigten in dem ganzen Verfahren überhaupt nicht gesprochen werden. Hinsichtlich des Privatklageverfahrens, das mit dem Zivilprozeß mancherlei Übereinstimmung zeigt, bestimmt übrigens § 418 StrPO., daß die Zustellungen an den Privatkläger mit rechtlicher Wirkung an den bevollmächtigten Rechtsanwalt erfolgen können, und diese Bestimmung ist dahin aufzufassen, daß die Zustellungen an den Anwalt erfolgen müssen, wenn nicht besondere Gründe für ein anderes Verfahren vorliegen[2]. — Für die Ansicht des Kammergerichts spricht auch folgendes: In der Denkschrift zum § 15 des Entwurfs (§ 16 RFGG.)[3] ist bemerkt, daß die Vorschrift hinsichtlich der Anwendung der ZPO. bei der Bekanntmachung durch Zustellung im teilweisen Anschluß an § 1 preuß. Ausf.-Ges. z. ZPO. vom 24. März 1879 vorgesehen werde. Hier aber sind unter den auf Zustellungen in Angelegenheiten der FG. für anwendbar erklärten Bestimmungen der ZPO. die über die Zustellung an Prozeßbevollmächtigte sich verhaltenden §§ 162, 163, 164 (jetzt §§ 176, 178, 179) ZPO. nicht mit aufgeführt. Da im RFGG. trotz dieses Vorbildes die Anwendung der genannten Paragraphen, insbesondere des § 176 ZPO., nicht ausgeschlossen, sondern allgemein die Vorschriften der ZPO. über Zustellungen für anwendbar erklärt worden sind, so ist anzunehmen, daß

[1] Josef a. a. O. (S. 186 Anm. 1) S. 766.
[2] Löwe-Hellweg, Anm. 5 zu § 418 StrPO.
[3] Hahn-Mugdan a. a. O. (S. 181 Anm. 1) S. 38.

die gesetzgebenden Faktoren unter absichtlicher Abweichung von dem preuß. Ausf. Ges. z. ZPO. auch § 176 ZPO. in allen Verfahren des RFGG. haben Anwendung finden lassen wollen.

Weiter erachtet Schneider[1] eine Eideszuschiebung und die Auferlegung eines richterlichen Eides auch in den von ihm als „streitige" bezeichneten Verfahren für ausgeschlossen. Hierin ist ihm beizustimmen. Der Parteieid ist zwar in der ZPO. als Beweismittel behandelt; aber im eigentlichen Sinne ist er ein Beweismittel nicht. Er enthält nur eine Wiederholung der Behauptung einer Partei in besonders feierlicher Form, während bei der Berufung auf wirkliche Beweismittel durch Momente, die außerhalb der Parteibehauptung liegen, eine Bestätigung dieser erbracht werden soll. Sodann hat der zugeschobene Eid die Vergleichsnatur, die nach römischrechtlicher Auffassung der Eid überhaupt hatte, auch in der ZPO. beibehalten, und der richterliche Eid dient nicht der beweisführenden Partei als Mittel, dem Richter die Überzeugung von der Richtigkeit ihrer Behauptung zu verschaffen, sondern wird nach freiem Ermessen vom Richter auferlegt[2]. Wie im allgemeinen schon eine entsprechende Anwendung der ZPO., soweit sie nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist, bei der völligen Verschiedenheit des Verfahrens des RFGG. unzulässig erscheint und dieses Gesetz vielmehr für sich allein aus dem Zusammenhange seiner Bestimmungen bezüglich Einzelheiten erklärt und ergänzt werden muß, so ist es ganz besonders unstatthaft, unter den „geeignet erscheinenden Beweisen", deren Aufnahme von Amts wegen § 12 RFGG. anordnet, den Parteieid der ZPO. miteinzubegreifen. Das RFGG. enthält überhaupt nicht Bestimmungen über einen Parteieid, insbesondere auch nicht darüber, welche Wirkung die Eidesleistung oder die Eidesweigerung haben, ob sie den Richter nötigen soll, eine Tatsache unbedingt als erwiesen bezw. widerlegt anzusehen, oder ob ihm die freie Beweiswürdigung daneben verbleiben soll. Wenn im § 15 Abs. 1 RFGG. die Vorschriften der ZPO. „über das Verfahren bei der Abnahme von Eiden" für entsprechend anwendbar erklärt sind, so ist damit offensichtlich nur der Titel 11 Abschnitt 1 Buch II betreffend „das Verfahren bei der

---

[1] Ebenso Jastrow a. a. O. (S. 183 Anm. 1) S. 157, Rausnitz Anm. 16 zu § 12 RFGG. — And. Mein. Dorner Anm. 1, 5 zu § 15 RFGG., Schultze-Görlitz Anm. 6 zu § 12 RFGG.

[2] Struckmann-Koch Anm. 2, Petersen-Anger Anm. 2, Gaupp-Stein Anm. III vor § 445 ZPO.

Abnahme von Eiden" gemeint. Da diese Vorschriften sich auch auf die Abnahme des Zeugen- und Sachverständigeneids beziehen, und die Verweisung auf sie sich anschließt an die Verweisung auf die Vorschriften der ZPO. über den Zeugen- und Sachverständigeneid, so bedeutet die erstere Verweisung nichts anderes, als daß bei der Beeidigung von Zeugen und Sachverständigen die §§ 478 ff. ZPO. entsprechend zur Anwendung zu bringen sind. Nur als Mittel der Glaubhaftmachung einer Behauptung ist im § 15 Abs. 2 RFGG. die solenne Beteuerung der Beteiligten zugelassen, und zwar in der Form der Versicherung an Eidesstatt, entsprechend § 294 ZPO.[1]

Ein Hauptmoment für die Rechtfertigung der Sonderung der „streitigen" von den sonstigen Verfahren des RFGG. findet Schneider aber darin, daß die Beteiligten in jenen Verfahren seiner Ansicht nach eine wahre Parteistellung einnehmen. Dies erscheint jedoch nicht zutreffend. Schneider stützt seine Ansicht hauptsächlich darauf, daß in den „streitigen" Verfahren der Richter nur auf Antrag tätig werde, der Beteiligte Herr der Streitsache sei und der Richter über den Antrag des Beteiligten nicht hinausgehen dürfe. Die Antragstellung ist aber in diesen Fällen nur eine materielle Voraussetzung für das Einschreiten des Gerichts (vgl. die Redewendung: „auf Antrag .... kann das Vormundschaftsgericht" in § 1308 Abs. 1, § 1357 Abs. 2, § 1358 Abs. 2, §§ 1379, 1402, 1612 Abs. 2 BGB.), ähnlich wie bei Antragsdelikten das Strafverfahren nur auf Antrag des Verletzten eingeleitet wird. Ist das Gericht nach gehörig gestelltem Antrag in der Angelegenheit tätig geworden, so ist die prozessuale Rechtsstellung der Beteiligten in diesen Verfahren keine andere als in den sonstigen nach dem RFGG. zu erledigenden Angelegenheiten, insbesondere herrscht dort ebenfalls die Offizialmaxime. Wohl können die Beteiligten durch Zurücknahme des Antrags, unter Umständen auch durch Anerkenntnis, dem Gericht die Möglichkeit der Einwirkung auf die Angelegenheit entziehen; tatsächlich hat dann aber das Verfahren wegen Fortfalles einer materiellen Voraussetzung seine Erledigung gefunden. Daß von dem Gericht nicht über den Antrag des Beteiligten hinausgegangen werden darf, ist ein allgemeiner Grundsatz, dessen Anwendung auch in anderen Angelegenheiten der FG. keineswegs ausgeschlossen ist; namentlich im Beschwerdeverfahren kommt er überall zur Geltung.

[1] Vgl. hierüber RG. in Strafs. Bd. 36 S. 1.

Übrigens gibt es auch bei den von Schneider als „streitig" bezeichneten Verfahren Fälle, in denen das Auftreten eines Gegners des Antragstellers nicht stattfindet, so z. B. wenn die Zustimmung der Frau zu einem Rechtsgeschäft des Mannes wegen Krankheit oder Abwesenheit der Frau durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden soll (§ 1379 Abs. 2 BGB.). Danach kann den Beteiligten auch in den sogenannten „streitigen" Verfahren des RFGG. eine Parteistellung wie im Zivilprozeß nicht beigelegt werden[1].

Es ist deshalb eine Sonderung der „streitigen" von den anderen Verfahren des RFGG. abzulehnen. Einesteils ist eine bestimmte Abgrenzung der ersteren bei der Verschiedenartigkeit der im RFGG. geregelten Angelegenheiten nicht möglich, und andernteils ist die Sonderung nicht geeignet, die Klarstellung des Wesens der Verfahren in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu fördern; sie kann vielmehr zu der irrigen Auffassung verleiten, daß die „streitigen" Verfahren allgemein dem Zivilprozeß analog zu behandeln seien, während das Gesetz diese ebenso wie alle andern Verfahrensarten des RFGG. in Gegensatz zu dem Verfahren der streitigen Gerichtsbarkeit gestellt und nur einzelne Vorschriften der ZPO. auf sie in gleicher Weise wie auf die andern Verfahren für anwendbar erklärt hat.

Häufig aber erheben sich Zweifel, ob eine streitige Angelegenheit vor den Prozeßrichter oder vor den Richter der FG. zur Entscheidung zu bringen ist, sowie, ob und wann in ein und derselben Angelegenheit aus dem einen in das andere Verfahren übergegangen werden muß und ob beide Verfahren nebeneinander herlaufen dürfen. Von solchen Zweifelsfragen sollen einige hier zur Erörterung gebracht werden.

I. Die in den §§ 21, 29, 37, 48, 55—79 BGB. vorgesehenen Maßnahmen des Amtsgerichts hinsichtlich eines Vereins, namentlich die Eintragungen in das Vereinsregister, gehören gemäß §§ 159, 127—130, 142, 143 RFGG. zu den Angelegenheiten der FG. Es richtet sich daher auch das Beschwerdeverfahren gegen die Anordnung oder die Ablehnung dieser Maßnahmen nach den Vorschriften des RFGG. (§§ 19ff.)[2]. In

[1] Vgl. Josef „Der Parteibegriff in der freiwilligen Gerichtsbarkeit" im Zentr. Bl. f. FG. II S. 309 und „Erörterungen über die freiwillige Gerichtsbarkeit" in Busch Z. f. ZPr. Bd. 29 S. 188ff.

[2] Vgl. Schultze-Görlitz Anm. 2 II zu § 159 RFGG., Neumann Anm. 3 zu § 60 BGB.

den §§ 60, 71, 73 BGB. ist aber für die Fälle der Zurückweisung der Anmeldung eines Vereins[1], der Ablehnung der Eintragung einer Statutenänderung und der Entziehung der Rechtsfähigkeit wegen Herabsinkens der Mitgliederzahl unter drei, die Ausnahmebestimmung gegeben, daß gegen den Beschluß des Amtsgerichts „die sofortige Beschwerde nach den Vorschriften der ZPO." stattfindet. Danach soll also in den höheren Instanzen, in denen sonst das Verfahren denselben Regeln wie in erster Instanz unterliegt, nicht nach den Bestimmungen des RFGG., sondern nach den Vorschriften der §§ 567—577 ZPO. über die Beschwerde verfahren werden. Es leuchtet ein, daß diese Ausnahmebestimmungen de lege ferenda sich nicht rechtfertigen lassen; denn es ist kein genügender Grund ersichtlich, weshalb diese Fälle, die, wie die Vereinsregistersachen überhaupt, recht eigentlich zu der FG. gehören, in den höheren Instanzen dem Verfahren des RFGG. entzogen sein sollen. In der II. Kommission, auf deren Beschlüssen die Vorschriften über die Vereine hauptsächlich beruhen, wurde zuerst nur im Falle der Entziehung der Rechtsfähigkeit (§ 57 s. Entw., § 73 Ges.) die Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde „nach Maßgabe der Zivilprozeßordnung" mit der Begründung beschlossen, es entspreche dies dem Geiste der ZPO., da der amtsgerichtliche Beschluß auch auf die Rechte Dritter einwirke. Ein Vorschlag, die Regelung des bei der Auflösung eines Vereins stattfindenden Verfahrens und des gegen die Entscheidung des Amtsgerichts zulässigen Rechtsmittels dem in Aussicht genommenen Gesetz über die Angelegenheiten der FG. zu überlassen, wurde abgelehnt, weil es erforderlich sei, diese wichtigen Bestimmungen, insbesondere die Vorschrift, daß der Verein erst mit der Rechtskraft des Beschlusses erlösche, wenigstens vorerst im Entwurf zu belassen[2]. Später wurde dann von derselben Kommission auch bezüglich der Zurückweisung der Anmeldung (§ 54 Entw., § 60 Ges.) beschlossen, gegen die Entscheidung die sofortige Beschwerde „nach Maßgabe der Zivilprozeßordnung" stattfinden zu lassen[3]. Dabei ist es auch im Laufe der weiteren Beratung

[1] Wegen Fehlens der Erfordernisse der §§ 56—59 oder wegen eines anderen Grundes, z. B. weil der Zweck des Vereins auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist (§. 21 BGB.), RGEntsch. Bd. 47 S. 386, Kammerger. im Jahrb. Bd. 20 A. 8, Nöldeke im Zentr. Bl. f. FG. I S. 647. And. Mein. Frantz im Zentr. Bl. f. FG. I S. 483.

[2] Protokolle Bd. I S. 570, 571.

[3] Protokolle Bd. VI S. 117.

des Gesetzes verblieben, während man sonst, wie oben erwähnt, die im I. Entwurf enthaltenen Vorschriften über das Verfahren in Angelegenheiten der FG. ausgeschieden und dem in Aussicht genommenen besonderen Gesetz hierüber zugewiesen hat. Nach dem bestehenden Gesetz muß man sich daher damit abzufinden suchen, daß in den genannten Fällen das Beschwerdeverfahren der ZPO. stattfindet. Dieses Verfahren aber weicht in verschiedenen Punkten von dem Beschwerdeverfahren des RFGG. ab. Gemäß § 573 Abs. 1 ZPO. kann mündliche Verhandlung anberaumt werden. Diese erfolgt dann in öffentlicher Sitzung; auch müssen sich die Beteiligten gemäß § 78 ZPO. durch einen vor dem Beschwerdegericht zugelassenen Anwalt vertreten lassen[1]. Bei der freiwilligen Gerichtsbarkeit dagegen wird, auch wenn das persönliche Erscheinen der Beteiligten angeordnet ist (§ 13 RFGG.), nicht öffentlich verhandelt (vgl. § 8 RFGG.), und die Vertretung der Beteiligten durch Bevollmächtigte ist nur gestattet (§ 13 RFGG.). Bei einer Beweiserhebung sind in dem Verfahren der ZPO. Zeugen, soweit dies gesetzlich zulässig ist, zu beeidigen[2], während nach § 15 RFGG. die Beeidigung im Ermessen des Gerichts steht. Auch Eideszuschiebung, sowie Auferlegung eines richterlichen Eides, und zwar durch Beschluß, sind dort zulässig[3]. Freilich wird letzteres sowie die Anordnung der mündlichen Verhandlung begrifflich nur dann statthaben können, wenn dem Beschwerdeführer ein Gegner gegenübersteht. Dies wird in den beregten Fällen wohl nur selten vorkommen, da in der Regel der Vorstand des Vereins als Beschwerdeführer gegen die Zurückweisung der einzige Beteiligte sein wird. — Ferner kann gemäß § 570 ZPO. auch die weitere Beschwerde auf neue Tatsachen und Beweise gestützt werden, und die Einlegung derselben unterliegt gemäß § 569 Abs. 2 ZPO., da die Sache in erster Instanz beim Amtsgericht anhängig war, nicht dem Anwaltszwange[4], während gemäß § 27 RFGG., §§ 550, 551 ZPO. die

[1] Die Ausnahmevorschrift des § 569 Abs. 2 ZPO. hinsichtlich der Beschwerde-Einlegung gilt für die mündliche Verhandlung nicht. Struckmann-Koch Anm. 1, Gaupp-Stein Anm. 11, Petersen-Anger Anm. 4 zu § 573 ZPO. And. Mein. Seuffert ebenda.

[2] Petersen-Anger Anm. 6 zu § 573 ZPO.

[3] RGEntsch. Bd. 50 S. 371, Struckmann-Koch Anm. 2 zu § 573 ZPO. Teilweise and. Mein. Gaupp-Stein I S. 331, Petersen-Anger Anm. 6 zu § 573 ZPO.

[4] Vgl. RGEntsch. Bd. 31 S. 426, Struckmann-Koch Anm. 4, Gaupp-Stein Anm. III B zu § 569 ZPO.

weitere Beschwerde des RFGG. nur auf Gesetzesverletzung, nicht auf neue Tatsachen, gestützt werden kann, und gemäß § 29 RFGG. bei Einlegung der weiteren Beschwerde durch Einreichung einer Beschwerdeschrift, diese von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein muß. — Die wichtigste Abweichung ist, daß nach § 568 Abs. 2 ZPO. die weitere Beschwerde nur zulässig ist, wenn in der Entscheidung des Beschwerdegerichts ein neuer, selbständiger Beschwerdegrund enthalten ist[1], während für die weitere Beschwerde des RFGG. diese Beschränkung nicht besteht. Es wird daher, wenn das Landgericht in den genannten Fällen die sofortige Beschwerde zurückweist, eine weitere Beschwerde in der Regel unzulässig sein, es sei denn, daß z. B. die Beschwerde als unzulässig verworfen ist[2], oder die aus materiellen Gründen ablehnende Entscheidung des Amtsgerichts wegen Unzuständigkeit desselben aufrecht erhalten ist[3], oder das Amtsgericht sich für unzuständig erklärt, das Landgericht aber den Antrag aus sachlichen Gründen abgelehnt hat[4], oder das Amtsgericht nur die Beibringung gewisser Nachweise vermißt, das Landgericht den Antrag aber als überhaupt unbegründet zurückgewiesen hat[5], oder in zweiter Instanz wesentliche Vorschriften des Verfahrens verletzt, insbesondere neu angeführte Tatsachen nicht berücksichtigt worden sind[6]. — Endlich ist gemäß § 568 Abs. 4 ZPO. gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts eine weitere Beschwerde an das Reichsgericht ausgeschlossen. Letzteres kann mit diesen Angelegenheiten auch nicht dadurch befaßt werden, daß ein Oberlandesgericht, welches von der Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder des Reichsgerichts abgehen will, die Sache gemäß § 28 Abs. 2 RFGG. dem Reichsgericht vorlegt. Denn § 28 Abs. 2 RFGG. findet in den vorgenannten Fällen keine Anwendung, weil nicht das Beschwerdeverfahren der §§ 19 ff. RFGG., sondern nur das der ZPO. stattfindet, und es ist das Reichsgericht gemäß § 28 Abs. 3 RFGG. nur über die weitere Beschwerde gemäß § 27 RFGG. an Stelle des Oberlandesgerichts zur Entscheidung zuständig. Hiermit übereinstimmend, ist auch

[1] Vgl. in dieser Hinsicht bezüglich der Vereinssachen RGEntsch. Bd. 47 S. 386, Kammerger. Jahrb. Bd. 20 A. 8, auch Jur. Wochenschr. 1903 Beil. S. 113.

[2] Vgl. RGEntsch. Bd. 4 S. 362, 431, Bd. 12 S. 357, 394, Bd. 36 S. 362, Bd. 46 S. 376 u. a.

[3] Vgl. RGEntsch. Bd. 12 S. 395, Bd. 35 S. 375, Jur. Wochenschr. 1900 S. 493 Nr. 2.

[4] Vgl. Jur. Wochenschr. 1896 S. 74 Nr. 29.

[5] Vgl. RGEntsch. Bd. 32 S. 57, Jur. Wochenschr. 1902 S. 132 Nr. 37.

[6] Vgl. RGEntsch. Bd. 42 S. 352, Jur. Wochenschr. 1902 S. 249 Nr. 2.



in der Denkschrift zu § 155 Entw. (§ 159 RFGG.)[1] bemerkt, daß „die besonderen Bestimmungen der §§ 60, 73 BGB. durch die in den §§ 18—27 des Entwurfs (§§ 19—28 des RFGG.) getroffenen allgemeinen Bestimmungen über das Beschwerdeverfahren selbstverständlich nicht berührt würden"[2]. Danach ist es nicht zu rechtfertigen, wenn das Reichsgericht in der (S. 192 Anm. 1 zitierten) Entscheidung Bd. 47 S. 386, wiewohl es sich um die Eintragung eines Vereins handelte und die beiden Vorinstanzen die Eintragung abgelehnt hatten (§ 60 BGB.), über die weitere Beschwerde zufolge der seitens eines Oberlandesgerichts gemäß § 28 Abs. 2 RFGG. erfolgten Vorlegung sachlich entschieden hat; das Reichsgericht hätte vielmehr sich zur Entscheidung der Sache für unzuständig erklären sollen. — Zweifelhaft ist, ob in Preußen über die weitere Beschwerde das Kammergericht oder das örtlich zuständige Oberlandesgericht zu entscheiden hat. Nach vorstehendem scheint die Rechtskonsequenz für letzteres zu sprechen. Auch läßt sich nicht in Abrede stellen, daß, wenn in den Art. 7, 8 preuß. FGG. vom 21. September 1899 das Kammergericht unter anderem zur Entscheidung über die weitere Beschwerde „in denjenigen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, welche durch Reichsgesetz den Gerichten übertragen sind", für zuständig erklärt ist, hierbei nur an die weitere Beschwerde nach §§ 27ff. RFGG. gedacht worden ist[3]. Indessen in den Fällen der §§ 60, 71, 73 BGB. handelt es sich ebenfalls um „Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die durch Reichsgesetz den Gerichten übertragen sind"; auch in den höheren Instanzen gehen sie nicht zur streitigen Gerichtsbarkeit über, sondern nur das Verfahren soll dort entsprechend dem der ZPO. stattfinden. Dem Wortlaute nach fällt daher die weitere Beschwerde in diesen Fällen auch unter Art. 8 zitierten Gesetzes. Allerdings beruht diese Vorschrift auf § 199 RFGG., wonach durch Landesgesetz die Entscheidung über das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde einem der mehreren Oberlandesgerichte zugewiesen werden kann. Denkt man sich aber für die beregten Fälle an Stelle der §§ 19—28 RFGG. die §§ 567—577 ZPO. in das im übrigen auch in diesen Registersachen geltende RFGG. eingefügt, so läßt sich ohne Zwang unter „weiterer Beschwerde"

[1] Hahn-Mugdan (S. 181 Anm. 1) S. 78 (Drucks. d. Reichstags S. 83).
[2] Ebenso Nöldeke a. a. O. (S. 192 Anm. 1) S. 651, 652. Vgl. auch RGEntsch. Bd. 48 S. 17.
[3] Vgl. die Begründung zu Art. 7, 8 des Entwurfs.

im § 199 RFGG. auch die vorerörterte weitere Beschwerde verstehen. Danach hält sich Art. 8 preuß. FGG. auch bei dieser ihm gegebenen Bedeutung innerhalb der Grenzen des Art. 199 RFGG. Es hat daher in den Vereinsregistersachen der §§ 60, 71, 73 BGB. das Kammergericht über die weitere Beschwerde zu entscheiden[1].

II. Das Recht der Sorge für die Person eines Kindes steht gemäß § 1627 BGB. kraft der elterlichen Gewalt dem Vater zu. Nimmt die Mutter dieses Recht (abgesehen von der tatsächlichen Fürsorge neben dem Vater gemäß § 1634 BGB.) für sich in Anspruch, etwa weil gemäß § 1684 oder § 1685 BGB. die elterliche Gewalt auf sie übergegangen sei, und verlangt sie, wenn sie von ihrem Manne getrennt lebt, gemäß § 1632 BGB. Herausgabe des Kindes, so ist im Prozeßweg über diesen Streit zu entscheiden. Das Gleiche gilt, wenn über das Recht der Sorge zwischen dem Vater und dem Kinde Streit besteht, mit der Maßgabe, daß auf diesen Rechtsstreit die Sonderprozeßvorschriften der §§ 640 ff. ZPO. zur Anwendung kommen. Dem Vormundschaftsgericht ist vom Gesetze nicht die Befugnis gegeben, diese Streitigkeiten zu entscheiden[2]. Ebensowenig ist es berechtigt, Herausgabe des Kindes zu erzwingen; vielmehr ist gegebenenfalls in entsprechender Anwendung des § 883 ZPO. im Zwangsvollstreckungswege die Herausgabe zu erwirken[3]. Ist die Ehe der Eltern geschieden[4], so bestimmt sich nach § 1635 Abs. 1 Satz 1 BGB., wem die Sorge für die Person des Kindes zusteht. Im Falle des Streits hierüber ist ebenfalls im Prozeßweg Entscheidung zu treffen und nötigenfalls durch Zwangsvollstreckung die Herausgabe des Kindes von dem nicht berechtigten Teil zu erzwingen[5]. In diesem Falle kann aber das Vormundschaftsgericht, dem gemäß § 630 ZPO. das Prozeßgericht von der rechtskräftigen Ehescheidung Mitteilung zu machen hat, gemäß § 1635 Abs. 1 Satz 2 BGB. im Interesse des Kindes aus besonderen Gründen eine abweichende Anordnung treffen. Hierzu ist das Vormundschaftsgericht auch dann be-

[1] Ebenso, jedoch mit anderer Begründung: Kammergericht, Beschluß vom 15. Juni 1903, Jahrb. Bd. 26 A 3.

[2] Ebenso Dronke „Sorge für die Person eines Kindes und Anspruch auf seine Herausgabe" in Busch, Z. f. ZPr. Bd. 29 S. 512. Vgl. auch RG.-Entsch. Bd. 46 S. 168.

[3] Struckmann-Koch Anm. 7, Gaupp-Stein Anm. III zu § 883 ZPO.

[4] Auf den Fall der Nichtigerklärung der Ehe, für den gemäß §§ 1700 ff. im wesentlichen gleiches gilt, wird hier nicht eingegangen.

[5] Vgl. die Zitate in Anm. 2.

fugt, wenn über das Recht der Sorge in einem Rechtsstreit unter den Eheleuten bereits durch Urteil gemäß § 1635 Abs. 1 Satz 1 BGB. entschieden worden ist; denn durch dieses Urteil wird nur die durch die Ehescheidung geschaffene Rechtslage zwischen den Eheleuten festgestellt. Ob es das Interesse des Kindes erheischt, hinsichtlich des Rechts der Sorge eine andere Anordnung zu treffen, kann nicht zum Gegenstand des Streites vor dem Prozeßgericht gemacht werden; darüber hat allein das Vormundschaftsgericht zu entscheiden (§§ 35, 43 RFGG.). Letzteres kann in Preußen auch seine Anordnung durch die Zwangsmittel, die in den das RFGG. gemäß § 200 in dieser Hinsicht ergänzenden Art. 15, 17 preuß. FGG. vorgesehen sind, zur Durchführung bringen, da die Anordnung nicht eine Privatrechtsstreitigkeit zwischen den Eltern betrifft, sondern auf staatlicher Fürsorge für die Person des Kindes beruht[1]; das Vormundschaftsgericht kann daher je nach der Sachlage auch von demjenigen Ehegatten die Herausgabe des Kindes erzwingen, welcher seinerseits durch Zwangsvollstreckung das Kind erlangt hat. — Vor Rechtskraft der Scheidung stehen diese Befugnisse dem Vormundschaftsgericht nicht zu. Dagegen kann das Prozeßgericht nach Beginn des Scheidungsprozesses und für die Dauer desselben gemäß § 627 Abs. 1, 2 ZPO. auf Antrag eines der Ehegatten durch einstweilige Verfügung unter anderm auch wegen der Sorge für die Person der minderjährigen Kinder, ausgenommen die gesetzliche Vertretung, Anordnungen treffen. Diese Bestimmung, die sich im wesentlichen ursprünglich im § 1462 des I. Entw. des BGB. befand, ermächtigt das Prozeßgericht namentlich, die Erziehung, den Aufenthalt der Kinder bei einem der Ehegatten oder einem Dritten, den Verkehr der Kinder mit den Eltern zu regeln. Das Prozeßgericht ist aber auch berechtigt, unter Berücksichtigung der nach erfolgter Scheidung gemäß § 1635 BGB. voraussichtlich eintretenden Rechtslage das Recht der Sorge überhaupt demjenigen Ehegatten, dem die elterliche Gewalt nicht zusteht, für die Dauer des Rechtsstreites zu übertragen[2] und die Herausgabe des Kindes an diesen anzuordnen; letzteren-

[1] Vgl. Schneider a. a. O. (S. 181 Anm. 5) S. 125, Schultze-Oberneck, Anm. 2B zu Art. 17, Rausnitz Anm. 11 zu Art. 15 Pr. FGG. And. Mein. Nussbaum „Richterliche Zwangsgewalt in der freiwilligen Gerichtsbarkeit" in Busch Z. f. ZPr. Bd. 29 S. 463, Dronke a. a. O. (S. 196 Anm. 2) S. 515, 516. Vgl. auch Boschan im Zentr. Bl. f. FG. 11 S. 160 ff., Schultheis das. S. 165 ff.

[2] Vgl. Mot. z. BGB. Bd. IV S. 638.

falls ist die Herausgabe im Wege der Vollziehung der einstweiligen Verfügung (§§ 928, 883 ZPO.) zu erzwingen[1]. Gemäß Abs. 3 des § 627 ZPO. ist dem Vormundschaftsgericht von der Anordnung Mitteilung zu machen, damit dieses die etwa zum Schutze des Kindes erforderlichen Maßregeln treffen kann. Die Befugnisse des Vormundschaftsgerichts in dieser Hinsicht sind die regelmäßigen, ihm während der Dauer einer Ehe allgemein zustehenden, nämlich gemäß §§ 1666, 1667, 1686 BGB., Gefahren abzuwenden, die dem Wohl des Kindes zufolge schuldhaften Verhaltens des Gewaltinhabers, namentlich zufolge Vernachlässigung der Erziehung, oder die dem Vermögen des Kindes durch pflichtwidrige Vermögensverwaltung des Gewaltinhabers drohen. In ersterer Hinsicht erleiden diese Befugnisse auch durch die vom Prozeßgericht gemäß § 627 ZPO. getroffene Anordnung wegen der Sorge für die Person des Kindes keine Einschränkung. Denn einesteils wirken die von dem Vormundschaftsgericht zu treffenden Maßregeln auch über die Dauer des Scheidungsprozesses hinaus, und andernteils beruhen sie, ganz abgesehen davon, daß das Verfahren nach den Vorschriften des RFGG., nicht nach denen der ZPO., sich richtet und insbesondere gemäß § 12 RFGG. die Offizialtätigkeit des Gerichts stattfindet, auch auf einem ganz andern Tatbestand: die einstweilige Verfügung hat, wenigstens hauptsächlich, die Regelung der Rechte hinsichtlich des Kindes unter den Eltern zum Gegenstande, wenn auch die Mitberücksichtigung des Wohles des Kindes nicht ausgeschlossen ist; die Anordnung des Vormundschaftsgerichts dagegen, die insbesondere in Entziehung des Rechts der Sorge für die Person des Kindes und Unterbringung des letzteren in einer geeigneten Familie oder Anstalt bestehen kann, erfolgt allein im Interesse des Kindes und hat ein schuldhaftes Verhalten des betreffenden Elternteils zur Voraussetzung. Hiermit übereinstimmend, wird in den Motiven zu § 1462 Entw. I BGB. (§ 627 ZPO.) bemerkt: „Daß diese Rechte dem Vormundschaftsgericht auch gegenüber demjenigen Elternteile zustehen, welchem im Wege einstweiliger Verfügung die Sorge für die Person der Kinder überwiesen worden ist, versteht sich von selbst"[2]. Es kann daher das Vormundschaftsgericht unter den Voraussetzungen des § 1666 BGB. auch demjenigen Elternteil, dem das Prozeßgericht auf Grund des § 627

[1] Vgl. Dronke a. a. O. (S. 196 Anm. 2) S. 519.
[2] Ebenso Kammerger. in Samml. d. RJA. Bd. III S. 223.

ZPO. das Recht der Sorge für die Person des Kindes einstweilen übertragen hat, dieses Recht wiederum entziehen und gegebenenfalls die Wiederherausgabe des Kindes anordnen; auch kann es letztere Anordnung, weil sie sich auf staatliche Fürsorge für das Kind gründet, durch die Zwangsmaßregeln der Art. 15, 17 preuß. FGG. zur Durchführung bringen[1]. — Auf Grund des § 627 ZPO. kann ferner während eines Scheidungsprozesses der von den Ehegatten dem Kinde zu gewährende Unterhalt geregelt werden. In dieser Hinsicht sind aber die Befugnisse des Prozeßgerichts sowohl, wie die des Vormundschaftsgerichts wesentlich andere, als bei Regelung der Sorge für die Person des Kindes. Die Anordnung des Prozeßgerichts auf Grund des § 627 ZPO. betrifft lediglich das Verhältnis der Ehegatten zueinander; das Kind erlangt dadurch nicht einen vollstreckbaren Titel gegen den Elternteil, der für unterhaltspflichtig erklärt wird[2]. Das Kind muß daher, wenn ein Elternteil der ihm gegenüber obliegenden Unterhaltspflicht nicht nachkommt, Klage erheben. Diese Klage ist nach Maßgabe der in den §§ 1603 ff. BGB. für die Unterhaltspflicht gegebenen Bestimmungen zu begründen, unabhängig von der etwa abweichend davon auf Grund des § 627 ZPO. erlassenen Anordnung[3]. Dem Vormundschaftsgericht steht es auch nicht zu, den betreffenden Elternteil zur Erfüllung seiner Unterhaltspflicht anzuhalten; es kann, abgesehen von den nach § 1667 BGB. wegen Gefährdung des Vermögens des Kindes zu treffenden Maßregeln, nur nach Maßgabe des § 1666 Abs. 2 BGB. dem Elternteil die Vermögensverwaltung und die Nutznießung des Kindesvermögens entziehen, sowie unter den Voraussetzungen des § 1612 Abs. 2 BGB. über Art und Zeit des zu gewährenden Unterhalts eine Anordnung erlassen. Was die letztere Befugnis anbelangt, so beschränkt sie sich darauf, die von dem unterhaltspflichtigen Elternteil einem unverheirateten Kinde gegenüber gemäß § 1612 Abs. 2 BGB. getroffene Bestimmung, in welcher Art und für welche Zeit im voraus der Unterhalt gewährt werden solle, aus besonderen Gründen auf Antrag des Kindes zu ändern. Ist von dem Elternteil eine Bestimmung

---

[1] Vgl. die Zitate S. 197 Anm. 1 und Nussbaum a. a. O. S. 457.

[2] Vgl. Gaupp-Stein Anm. III D zu § 627 ZPO. Ein in der II. Kommission gestellter Antrag, die Anordnung auch zugunsten der Kinder wirksam sein zu lassen, wurde abgelehnt, weil der Scheidungsprozeß nur zwischen den Eheleuten geführt werde. Protokolle Bd. VI S. 680, 681.

[3] Vgl. RGEntsch. Bd. 47 S. 379, 386, Bd. 49 S. 155. Gaupp-Stein a. a. O. (Anm. 2).

überhaupt nicht getroffen worden, so ist das Vormundschaftsgericht nicht befugt, seinerseits über Art und Zeit des Unterhalts zu bestimmen; vielmehr muß das Kind, wenn der Unterhalt nicht gewährt wird, im Prozeßwege gegen den Elternteil Klage erheben, und zwar gemäß der Regel des Abs. 1 § 1612 BGB. auf Gewährung des Unterhalts durch Entrichtung einer Geldrente. Hat der Elternteil zwar eine Bestimmung getroffen, ist diese aber unausführbar, z. B. wenn der Vater dem Kinde Naturalverpflegung gewähren will, das im jugendlichen Alter befindliche, zur Selbstbestimmung noch nicht befähigte Kind sich aber in Pflege und Zucht der von dem Vater getrennt lebenden Mutter befindet, so stehen dem Kinde zwei Wege offen: Es kann, ohne sich auf die Undurchführbarkeit der Bestimmung zu berufen, beim Vormundschaftsgericht Änderung der Bestimmung beantragen. Es ist aber auch berechtigt, unter Geltendmachung, daß die Bestimmung unausführbar, und daß es außerstande sei, in dieser Weise den Unterhalt entgegenzunehmen, daß also wegen Unmöglichkeit die Bestimmung einer Nichtbestimmung rechtlich gleich zu achten sei, im Prozeßwege Gewährung des Unterhalts durch Entrichtung einer Geldrente zu verlangen[1].

III. Die Gerichte der FG. haben in den ihnen durch das RFGG. und durch sonstige Gesetze zugewiesenen Angelegenheiten in der Regel auch über etwaige privatrechtliche Streitigkeiten zu entscheiden, gleichviel, ob diese den eigentlichen Gegenstand des Verfahrens bilden oder ob sie nur inzidenter unter den Beteiligten sich erheben. Sie dürfen nicht etwa auf Grund des § 13 GVG., § 3 Einf.-Ges. z. ZPO., weil es sich um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit handele, die Beteiligten an den Prozeßrichter verweisen und vor Erledigung des Streitpunktes durch Urteil desselben die Fortsetzung des Verfahrens und die Entscheidung ablehnen. Vielmehr haben sie, wenn die Feststellung des streitigen Rechts eine Voraussetzung für die Zulässigkeit ihres Verfahrens oder für die Erlassung ihrer Entscheidung ist, auch über das streitige Recht, nötigenfalls nach Anstellung von Ermittelungen und Erhebungen von Beweisen gemäß § 12 RFGG., zu entscheiden; denn diese Tätigkeit gehört ebenso, wie die Feststellung streitiger Tatsachen, zu der ihnen obliegenden erschöpfenden Erörterung und Prüfung der zu ihrer Zuständigkeit gehörenden Angelegen-

[1] Vgl. RG. in Jur. Wochenschr. 1901 S. 870, Dernburg, BGB. IV S. 232.

heit[1]. Ist z.B., entgegen den Bestimmungen eines wechselseitigen Testaments unter Eheleuten (§§ 2270, 2271 BGB.), in einem späteren Testament der zuerst verstorbenen Ehefrau eine Erbeinsetzung der Kinder erfolgt und die Bestellung eines Pflegers für das den Kindern zugewandte Vermögen angeordnet, und macht der in dem wechselseitigen Testament zum Erben eingesetzte, überlebende Ehemann in dem gemäß § 1909 BGB. von dem Vormundschaftsgericht eingeleiteten Verfahren auf Bestellung eines Pflegers die Unwirksamkeit des späteren Testaments der Ehefrau geltend, so hat das Vormundschaftsgericht sich der Entscheidung über die Gültigkeit dieses Testaments zu unterziehen[2]. Nur ausnahmsweise ist dem Gerichte der FG. das Recht gewährt, die Beteiligten auf den Prozeßweg zu verweisen und die Entscheidung auszusetzen, bis über das streitige Rechtsverhältnis im Wege des Rechtsstreites entschieden ist, nämlich in den Fällen der Berichtigung einer Eintragung im Standesregister gemäß § 66 Abs. 2 des Personenstandsgesetzes vom 6. Febr. 1875 (vgl. § 69 RFGG.) und in den Registersachen der §§ 127, 147, 159, 161 RFGG. Verpflichtet zu dieser Verweisung und Aussetzung ist jedoch das Gericht der FG. nicht, vielmehr kann es auch in diesen Fällen über das streitige Rechtsverhältnis selbst entscheiden. Ferner ist bezüglich des Verfahrens auf Erteilung eines Erbscheins im § 2360 BGB. bestimmt, daß, wenn ein Rechtstreit über das Erbrecht anhängig ist, vor der Erteilung des Erbscheins der Gegner des Antragstellers gehört werden soll. Daraus folgt aber nicht, daß das Nachlaßgericht verpflichtet ist, bis zur Entscheidung über den anhängigen Rechtsstreit die Erteilung des Erbscheins auszusetzen. In dem I. Entw. zum BGB. (§ 2071 Abs. 2) war dies allerdings bestimmt. Die II. Kommission[3] aber setzte an die Stelle dieser Bestimmung die Ordnungsvorschrift, daß der Gegner gehört werden solle, indem sie erwog, daß die gänzliche Ausschließung der Erteilung des Erbscheins in einem solchen Falle leicht zur Schikanierung des wirklichen Erben führen könne, andererseits die Anhörung des Gegners eine Gewähr für eine richtige Entscheidung des Nachlaßgerichts biete. Danach ist das Nachlaßgericht nicht nur berechtigt, sondern, da ihm eine Aussetzungsbefugnis vom

[1] Vgl. Josef „Die Einwirkung des Hervortretens streitiger Rechtsverhältnisse auf die Tätigkeit des Gerichts der freiwilligen Gerichtsbarkeit" im Zentr. Bl. f. FG. III S. 589ff., 608.

[2] Vgl. Kammerger. Jahrb. Bd. 22 A. 25. Weitere Beispiele s. Josef a. a. O. (Anm. 1).

[3] Protokolle Bd. V S. 680.

Gesetze nicht erteilt ist, auch verpflichtet, trotz eines über das Erbrecht anhängigen Rechtsstreits, wie über die Voraussetzungen zur Erteilung des Erbscheins überhaupt, so auch über das streitige Erbrecht, z. B. über die bestrittene Gültigkeit des Testaments, auf Grund dessen der Erbschein erteilt werden soll, gemäß § 2358 BGB. nach eigenem Ermessen und unabhängig vom Prozeßgerichte zu entscheiden[1]. Dagegen ist im Nachlaß-Auseinandersetzungsverfahren (§§ 86 ff. RFGG.)[2], wenn sich bei den Verhandlungen Streitpunkte ergeben, das Nachlaßgericht gemäß § 95 RFGG. allerdings verpflichtet, das Verfahren bis zur Erledigung der Streitpunkte auszusetzen. Diese Ausnahmebestimmung hat aber ihren Grund darin, daß das Nachlaßgericht in diesem Verfahren in der Hauptsache nur eine vermittelnde Tätigkeit ausübt. — Für den Regelfall der eigenen Entscheidung des Gerichts der FG. über das streitige Rechtsverhältnis ist jedoch zu beachten, daß der Fall nicht so liegen darf, daß dem Gericht nur unter der Voraussetzung des unstreitig feststehenden Rechtsverhältnisses eine gewisse Regelung vom Gesetze zugewiesen ist. Ist letzteres der Fall, so ist, wenn Streit über das Rechtsverhältnis besteht, die Zuständigkeit des Gerichts der FG. für die Regelung überhaupt noch nicht gegeben; es muß der Streitpunkt zunächst vom Prozeßgericht entschieden werden. Ein solcher Fall ist z. B. gegeben, wenn ein Beteiligter die Bestimmung der Art des Pfandverkaufs, die nach billigem Ermessen den Interessen der Beteiligten entspricht, über welche die Beteiligten aber sich nicht haben einigen können, gemäß § 1246 Abs. 1, 2 BGB. (§ 166 RFGG.) beantragt, der andere Beteiligte aber bestreitet, daß überhaupt die Voraussetzungen zum Pfandverkauf vorliegen. Hier muß der Streit erst vom Prozeßgericht entschieden sein, bevor das Gericht der FG. sich mit der Angelegenheit befassen darf; denn nach der erkennbaren Absicht des Gesetzes ist ihm nur im Falle des Feststehens der Zulässigkeit des Pfandverkaufs die Bestimmung der Art des Verkaufs zugewiesen[3].

IV. Es ist anerkannten Rechtens, daß bei der Eintragung einer Sicherungshypothek im Wege der Zwangsvollstreckung gemäß §§ 866, 867 ZPO. der Grundbuchrichter nicht

[1] Vgl. Josef a. a. O. (S. 201 Anm. 1) S. 590, 601, Planck Anm. 1 zu § 2360 BGB., Bayr. Oberst. Landesg. in Zentr. Bl. f. FG. III S. 497, 540, auch Kammerger. Jahrb. Bd. 25 A. 64.

[2] Ähnlich im Verfahren betreffs der Dispache, wenn Widerspruch erhoben wird (§ 156 RFGG.).

[3] Vgl. Kammerger. Jahrb. Bd. 24 A. 3, Josef a. a. O. (S. 201 Anm. 1) S. 599

als Vollstreckungsrichter (§ 764 ZPO.), sondern als Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit tätig ist, und daß das Verfahren, von Anbringung des Eintragungsantrags beim Grundbuchamt an, sich nach den Vorschriften der Grundbuchordnung richtet[1]. Andererseits ist die Eintragung auch ein Akt der Zwangsvollstreckung; denn § 866 ZPO. bestimmt, daß die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück außer durch Zwangsversteigerung und durch Zwangsverwaltung auch durch Eintragung einer Sicherungshypothek für die Forderung erfolgt. Es gelten mithin die aus den §§ 704—802 ZPO. sich ergebenden Erfordernisse für die Zwangsvollstreckung, z. B. die des Vorliegens eines vollstreckbaren Titels, dessen Zusteilung an den Schuldner (§ 750 ZPO.), des Ablaufs des Kalendertages bei befristeter Forderung (§ 751 ZPO.), auch hinsichtlich der Eintragung einer Sicherungshypothek[2]. Hieraus folgt z. B., daß, wenn Eheleute in allgemeiner Gütergemeinschaft als Eigentümer des Grundstücks im Grundbuch eingetragen sind, gemäß § 740 ZPO. ein gegen den Ehemann auf Zahlung einer Geldforderung ergangenes Urteil zur Eintragung einer Sicherungshypothek erforderlich und genügend ist. Es fragt sich, inwieweit diese Grundsätze auch dann zur Anwendung zu kommen haben, wenn es sich um eine Eintragung handelt, die auf Grund eines Urteils erfolgen soll, durch welches der Grundstückseigentümer gemäß § 894 ZPO. zur Bewilligung einer Eintragung rechtskräftig verurteilt ist. Daß der Grundbuchrichter auch in diesem Falle nur als Richer der freiwilligen Gerichtsbarkeit tätig wird, ist unzweifelhaft. Dagegen muß verneint werden, daß die auf Grund des Urteils erfolgende Eintragung zugleich ein Zwangsvollstreckungsakt ist. Denn nach § 894 ZPO. gilt die Willenserklärung als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat. Das von dem Schuldner Verlangte, die Abgabe der Willenserklärung, gilt mit der Rechtskraft des Urteils als erfüllt; es bleibt also für eine Zwangsvollstreckung kein Raum mehr[3]. Daraus ergibt sich, daß, wenn z. B. das Urteil vom Landgericht in der Berufungsinstanz erlassen, also sofort mit der Verkündung rechtskräftig geworden ist, zur Bewirkung der Eintragung eine vorgängige Zustellung des Urteils an den Schuldner nicht erforderlich ist.

---

[1] RGEntsch. Bd. 48 S. 243, Kammerger. Jahrb. Bd. 24 A. 214, Oberlandesger. Jena in Samml. d. RJA. Bd. I S. 16.
[2] Vgl. Gaupp-Stein Anm. I, II zu § 867 ZPO.
[3] Vgl. RGEntsch. Bd. 48 S. 400.

Ferner ist in dem vorher gesetzten Falle der Zugehörigkeit des Grundstücks zu dem Gesamtgut gütergemeinschaftlicher Eheleute eine gegen den Ehemann allein gerichtete Verurteilung zu einer Eintragungsbewilligung (z. B. zur Auflassung und Bewilligung der Eigentumseintragung) nicht genügend, um den Eintragungsantrag des Gläubigers zu begründen. Allerdings ist der Ehemann gemäß § 1443 Satz 2 BGB. berechtigt, Rechtsstreitigkeiten, die sich auf das Gesamtgut beziehen, im eigenen Namen zu führen; er ist in dieser Hinsicht auch bezüglich eines zum Gesamtgute gehörenden Grundstücks nicht beschränkt, wiewohl er gemäß § 1445 BGB. zur Verfügung über ein solches Grundstück der Einwilligung der Frau bedarf[1]. Aber die gegen ihn ausgesprochene Verurteilung zur Eintragungsbewilligung reicht nicht weiter, als daß seine Eintragungserklärung durch das Urteil ersetzt wird. Nach § 1445 BGB. bedarf es aber zu der in der Eintragung (z. B. des Eigentums auf Grund Auflassungserklärung) liegenden Verfügung über das Grundstück der Einwilligung der Frau. Diese kann nur durch ein Urteil gegen die Frau ersetzt werden; die Ersetzung der Bewilligung des Mannes durch das Urteil gilt nicht zugleich auch als Ersetzung der Bewilligung der Frau. § 740 ZPO. findet keine Anwendung, da es sich um Zwangsvollstreckung in das Grundstück (§ 866 ZPO.) nicht handelt[2].

---

[1] Vgl. Planck Anm. 1 zu § 1445 BGB.

[2] Ebenso Gaupp-Stein Anm. II zu § 894 ZPO. And. Mein. anscheinend Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht 2. Aufl. I S. 112 (Anm. 4f zu § 873 BGB.).



DIE GESTALTUNGSRECHTE DES BÜRGERLICHEN RECHTS.[1]



VON DR. EMIL SECKEL,
ORD. PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT BERLIN.



Die hier so genannten Gestaltungsrechte bilden eine Art von Privatrechten, die trotz der Häufigkeit und praktischen Wichtigkeit der unter sie fallenden Erscheinungen noch nicht einmal eines festen Namens, geschweige denn einer festen Theorie sich erfreut, und deren rechtliche Normierung im Bürgerlichen Gesetzbuch, Handelsgesetzbuch und in der Zivilprozeßordnung vielfach unfertig erscheint. Dem BGB. hat allerdings die Theorie den Anstoß zur energischeren Beschäftigung mit der vordem fast übersehenen Art von Rechten zu verdanken.

Der allgemeine Begriff des subjektiven (genauer: konkreten) Privatrechts — „für die moderne Doktrin der Eckpfeiler des ganzen Rechtsbaues“ (Bekker) — ist eine relativ sehr junge wissenschaftliche Bildung. Unser heutiges juristisches Denken ist von dem Begriffe beherrscht, und auch das BGB. verwendet das Wort „Recht“ im Sinne des subjektiven Privatrechts ungefähr 850mal. Der Streit um die Definition des Grundbegriffs muß hier auf sich beruhen. Übrigens kommen die meisten Begriffsbestimmungen darauf hinaus, das subjektive Privatrecht durch zwei Momente zu kennzeichnen, einmal durch das Moment der von der Rechtsordnung gewährten und geschützten konkreten Macht[2] über ein bestimmtes Objekt, andererseits durch das Moment des rechtlich geschützten Interesses.

Von jeher hat man durch Bildung von Kategorien über die Fülle der subjektiven Privatrechte die Herrschaft zu gewinnen versucht. Durchmustert man die Lehrbücher des bürgerlichen Rechts, so werden in dem Abschnitte „Arten der subjektiven Privatrechte“ im großen und ganzen keine Überraschungen geboten, vielmehr die Fäden der Doktrin

---

[1] (Skizze nach einem unter dem Vorsitze Sr. Exzellenz des Herrn Präsidenten Dr. Koch in der Berliner Juristischen Gesellschaft am 23. Mai 1903 gehaltenen Vortrage.)

[2] Auch die „konkrete Handlungsfähigkeit“ (Kiach) dürfte im Begriff des subjektiven Rechts Unterkunft finden.

des römisch-gemeinen und des deutschen Privatrechts fortgesponnen.

Da spalten sich die Privatrechte zunächst nach dem Objekt, je nachdem sie Macht gewähren über Personen, Verbandspersonen und Zweckvermögen, Sachen, Sondervermögen, Immaterialgüter. Es ergeben sich die Unterscheidungen von dinglichen Rechten, Forderungsrechten (Ansprüchen), Familien- und Körperschaftsrechten an der Person und gegen die Person, Familien- und Erbrechten an Sondervermögen, Rechten an Erfindungen, Schriftwerken usw., am Namen (an der Firma) u. a. Vielleicht treten auch die noch umstrittenen Persönlichkeitsrechte hinzu, von denen freilich mindestens ein Teil mit dem Namen eines bloßen Rechtsgutes sich wird bescheiden müssen[1].

Eine weitere Einteilung stellt auf die Subjektseite ab. Hier stehen sich im schneidendsten Gegensatze gegenüber die einem Rechtssubjekte zustehenden Privatrechte und die subjektlosen Privatrechte[2]. Nicht um das Vorhandensein, sondern um die Art der Bestimmung des Subjekts dreht sich eine zweite hier einschlagende Distinktion: entweder ist das Subjekt unmittelbar und einfach bestimmt, wie zumeist, oder knüpft sich seine Bestimmung an ein Medium, so bei den sogenannten subjektiv dinglichen Rechten und bei dem Recht aus dem Wertpapier,

---

[1] An einem Persönlichkeitsrechte scheint es mir überall da zu fehlen, wo im Beeinträchtigungsfalle nicht aus dem Rechte, sondern aus unerlaubter Handlung Ansprüche entstehen.

[2] Ohne das subjektlose Recht kann keine fiktionenfreie Lehre des bürgerlichen Rechts auskommen. Auch das BGB. kennt die subjektlose hereditas iacens, die auf den nasciturus wartet; der Pfleger der Leibesfrucht ist Pfleger eines subjektlosen Vermögens. Die der Bindung des Vorerben entsprechenden Rechte können subjektlos sein (im Falle der Nacherbe noch nicht konzipiert oder geboren ist). Der Anspruch aus der Auflage von Todes wegen ist notwendig subjektlos, da der Erblasser durch Testament oder der Vertragschließende im Erbvertrag eine Verpflichtung erzeugt, ohne einem Anderen (= Rechtssubjekt) ein Recht auf die Leistung zuzuwenden. Des realen Subjekts entbehren die Rechte eines Teils der sog. juristischen Personen, nämlich der Stiftungen, während an der Realität der Körperschaft m. E. nicht zu rütteln ist. Für das Sammelvermögen bietet sich unter zahlreichen Konstruktionsmöglichkeiten die des subjektlosen Zweckvermögens als die weitaus einfachste dar, die auch am leichtesten eine praktische Behandlung der Zeichnungsverpflichtung (mittels Analogie aus dem Stiftungsrechte) gestattet. Im Falle der Popularklage liegt nach modernem (§ 6 Abs. 1 Gebrauchsmuster-Ges. v. 1. VI. 91 nach Gierkes Konstruktion) wie nach römischem Recht ein subjektloses okkupationsfähiges Recht vor. Endlich kann vielleicht am derelinquierten Grundstück ein subjektloses Eigentumsrecht behauptet werden.

das sich nach dem Recht an dem Wertpapier bestimmt, oder ist das Subjekt des Rechts alternativ bestimmt.

Eine letzte Möglichkeit[1] ist, die Rechte nach dem Inhalte zu klassifizieren. Allbekannt und seit langem untersucht ist der Gegensatz der absoluten und relativen Rechte. Weniger beachtet und überdacht und reicher an ungelösten Problemen ist ein anderer inhaltlicher Gegensatz unter den konkreten Privatrechten, die Unterscheidung der in dieser Skizze betrachteten Rechte[2] von ihrer einstweilen anonymen Gegenkategorie.

[1] Wenn abgesehen wird von den Differenzen der das Privatrecht gewährenden Rechtsnorm, d. h. von dem Gegensatz zwischen lex communis und Privileg.

[2] Zur induktiven Veranschaulichung mögen beliebige Beispiele herausgegriffen werden: Rücktrittsrecht, Kündigungsrecht, Widerrufsrecht, Anfechtungsrecht (bei Rechtsgeschäften), sog. Recht auf Scheidung der Ehe und Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, eherechtliche Nichtigkeits- und Anfechtungsklage, Recht zur Anfechtung der Ehelichkeit, Recht der Ausschlagung von Erbschaften und Vermächtnissen, Zurückweisungsrecht des Erklärungsempfängers (§§ 111, 410 Abs. 1 BGB.), Zurückweisungsrecht des Dritten beim Vertrag zugunsten Dritter, Recht der Entziehung des Pflichtteils, Recht der Anfechtung des Erbschaftserwerbes, des Erwerbes des Vermächtnisanspruchs und des Pflichtteilsanspruchs wegen Erbunwürdigkeit, Recht des überlebenden Ehegatten bei der allgemeinen Gütergemeinschaft, die Fortsetzung der Gemeinschaft abzulehnen und die fortgesetzte Gemeinschaft jederzeit aufzuheben, Recht des Abkömmlings, einseitig auf den Anteil am Gesamtgute zu verzichten, Rechte des Ehegatten auf Aufhebung des ehelichen Güterstandes, Recht der Entziehung von Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht, der vorzeitigen und fristlosen Auflösung, der Ausschließung eines Mitgliedes bei der Gesellschaft und offenen Handelsgesellschaft, Recht der Anfechtung eines Beschlusses der Generalversammlung der Aktiengesellschaft; — Aufrechnungsrecht, Hinterlegungsrecht (vgl. § 52 Abs. 1 BGB.) und andere Befriedigungs-Gestaltungsrechte; — Fristsetzungs- und andere Aufforderungsrechte; — Bestimmungsrecht des Kontrahenten (Spezifikationskauf) oder des Dritten bei unbestimmter Leistung, Recht der Bestimmung, in welcher Art usw. der Unterhalt gewährt werden soll, Recht zur Herabsetzung der Vertragsstrafe und anderer übermäßiger Leistungen, Wahlrecht bei der Alternativobligation, Substitutionsbefugnis des Versprechensempfängers beim Vertrag zugunsten Dritter, sog. Verfügungsrecht des Absenders gegenüber dem Frachtführer, Entscheidungsrecht des Ehemanns in den gemeinschaftlichen Eheangelegenheiten, Anordnungsrecht des Dienstberechtigten, Recht des Erben, Haftungsbeschränkung und Vermögensseparation herbeizuführen durch Anordnung der Nachlaßverwaltung oder Eröffnung des Nachlaßkonkurses; — Recht des Ehemannes zur Wiederherstellung der Verwaltungsgemeinschaft, Recht des Ehegatten zur Wiederherstellung der Errungenschaftsgemeinschaft, Recht des für tot erklärten Vaters auf Wiedererlangung der elterlichen Gewalt, Recht des Entmündigten auf Wiedererlangung der Geschäftsfähigkeit; — Wiederkaufsrecht, Vorkaufsrecht, Recht der Erbschaftsannahme, Recht des Antragsempfängers aus der Offerte, Recht der Übernahme von Gegenständen bei der allgemeinen und fortgesetzten Gütergemeinschaft, Recht der liquidationslosen Geschäftsübernahme bei der offenen Handelsgesellschaft, Recht des Miterben zur Übernahme eines Landguts, Recht des Verfassers gegen den

Allen hier interessierenden Rechten ist ein Doppeltes gemeinsam. Einmal, daß sie durch private rechtsgeschäftliche Erklärung, sei es mit, sei es ohne Hinzutreten eines Staatsakts, ausgeübt werden. Sodann, daß ihr Inhalt nicht ist eine präsente unmittelbare Herrschaft über ein Objekt, über Person oder Sache, über Sondergut oder Immaterialgut, sondern vielmehr die Macht, eines der Herrschaftsrechte[1] oder eine sonstige Rechtsbeziehung einseitig zu begründen, aufzuheben oder zu ändern, mit einem Worte, zu gestalten. Der Typus dieser Rechte ist von dem aller übrigen Rechte grundverschieden. Soweit ihre Ausübung zur Begründung von Herrschaftsrechten führt, bilden sie zu letzteren ein Vorstadium.

Um die gedachte Kategorie von Rechten haben sich neuerdings vornehmlich Zitelmann in seinem Internationalen Privatrecht (II 1, 1898), sowie in seinem an Anregungen reichen Abriß des Allgemeinen Teils (1900) und Hellwig mit seinen gedankenschweren, tiefgründigen Werken (Anspruch und Klagrecht 1900, Rechtskraft 1901, Lehrbuch des ZPR. I 1903) verdient gemacht. Die frühere Literatur hatte nur einzelnes brauchbare beigesteuert[2].

Crome (System I 1900) glaubt mit der Kategorie der Gegenrechte, die Bekkers negativen Rechten entspricht, auszukommen. während er Zitelmanns gleich zu behandelnde Kategorie als „zu abstrakt" verwirft; unter die „Gegenrechte" reiht er das Anfechtungsrecht, Aufrechnungsrecht, Rücktrittsrecht, Rück-

---

Verleger auf Überlassung der disponiblen Abzüge zum Buchhändlerpreis, Aneignungsrechte, wie das im ius tollendi, im Jagdrecht, Fischereirecht, Bergrecht, Bernsteinregal als Bestandteil enthaltene; — Recht, die Einwilligung, Genehmigung, Bestätigung, Ermächtigung zu erteilen und zu verweigern, Recht auf Ersetzung versagter Einwilligung (z. B. Recht zur Beseitigung des Ehehindernisses der mangelnden elterlichen Einwilligung) oder Ermächtigung, auf Änderung der Bestimmungüber die Art der Leistung.

[1] So soll die Gegenkategorie bezeichnet werden.

[2] Thon in seinem schönen Buche über Rechtsnorm und subjektives Recht (1878) hat nur das, wie sich zeigen wird, hier auszuscheidende Verfügungsrecht des Berechtigten über sein Recht behandelt. Enneccerus (Rechtsgeschäft 1889) hat die verdienstliche Theorie der Erwerbsberechtigungen aufgestellt. Windscheid (I § 37, seit der 6. Aufl. 1887) hat zwar den Gegensatz z. B. von Forderung und Kündigungsrecht klar erkannt, sich aber den tiefern Einblick in die hier interessierende Art von Privatrechten durch zu schmale Induktion — er nennt nur Rücktritts- und Kündigungsrecht — und durch Verquickung mit dem Verfügungsrecht verbaut. Kipp (zu Windscheid a. a. O.) und Hölder leugnen mit Recht die selbständige Rechtsnatur des Verfügungsrechts des Berechtigten, mit Unrecht m. E. die Rechtsnatur des Kündigungs- und Rücktrittsrechts.

kaufsrechte aller (?) Art, das Kündigungsrecht, Scheidungsrecht, Enteignungsrecht und die Einrederechte ein[1].

In der Terminologie des Gesetzes, welche die (bewußte?) Theorie seiner Verfasser widerspiegelt, werden die einzelnen Rechte, um die es sich hier handelt, großenteils als „Rechte"[2] bezeichnet[3]. Dagegen fehlt im Gesetze ein Terminus für den zusammenfassenden Oberbegriff.

Aus der Doktrin können nur diejenigen Vorschläge noch Anspruch auf Beachtung machen, die unsern Oberbegriff weder gar zu weit, noch gar zu eng fassen. Danach scheiden die Bezeichnungen: Gegenrechte, negative Rechte, Erwerbsberechtigungen aus.

Zitelmann hat den Terminus „Rechte des rechtlichen Könnens" für eine Gruppe von Privatrechten geschaffen, die sich in der Hauptsache[4] mit unseren Rechten deckt. Dem Terminus und dem Begriffe haftet aber ein äußerlicher und ein innerer Mangel an. Der äußere ist die vielsilbige Unbequemlichkeit und die Unmöglichkeit, ihn sprachlich abzuwandeln, z. B. ein Substantivum für den Berechtigten zu bilden (Kannberechtigter?). Der innere Fehler ist, daß das rechtliche Können jedem Rechte innewohnt, nicht nur dem Rechte des rechtlichen Könnens, sondern auch den von Zitelmann so genannten Rechten des rechtlichen Dürfens (= absoluten Herrschaftsrechten) und Rechten des rechtlichen Sollens (= relativen Herrschaftsrechten). Zutreffend hat schon Endemann (Allgemeiner Teil) darauf hingewiesen, daß das Gesetz das Wort Können durchaus passend sowohl bei Kannrechten

---

[1] Cromes Begriff der Gegenrechte scheint mir einerseits zu eng, indem er eine Anzahl von Rechten, die den sog. Gegenrechten im Kerne wesensgleich sind, wie die Aneignungsrechte, die Wiedererlangungsrechte (z. B. die des ehelichen Güterrechts und des elterlichen Gewaltrechts, das Recht der Anfechtung einer Rechtsübertragung), das Vorkaufsrecht ausschließt, andrerseits zu weit, indem er wesensverschiedene Rechte, nämlich die ipso iure wirkenden bezw. nur den einzelnen Akt der Geltendmachung paralysierenden Hemmungsrechte (die Einreden) einschließt.

[2] Schon dieser Tatsache wegen ist um die Bezeichnung unsrer Befugnisse als „Rechte" vorläufig jedenfalls nicht herumzukommen.

[3] So im BGB. In den Compositis von „Recht": Aneignungs-, Anfechtungs-, Ausschließungs-, Bestimmungs-, (Jagd-), Kündigungs-, Rücktritts-, Vorkaufs-, Wahl-, Widerrufs-, Wiederkaufs-Recht; von „Berechtigter": (Jagd-), Vorkaufs-, Widerrufs-berechtigter; von „berechtigt": anfechtungs-, wahl-berechtigt. Wegen der Belege s. Gradenwitz, Wort-Verzeichnis.

[4] D. h. abgesehen von den Rechten an Rechten, von den Einrederechten, von gewissen Anwartschaftsrechten, die Zitelmann unter seinen Oberbegriff subsumiert.

anwendet, als auch bei Darf- und Sollrechten. Jellinek betonte mit Recht (1892): „Jedes subjektive Privatrecht enthält notwendig ein Dürfen und ebenso notwendig ein Können in sich“, und: „Niemals ist ein Dürfen ohne ein Können möglich.“ Die Zitelmannsche Dreiteilung der Darf-, Soll- und Kannrechte leidet unter dem Fehler, daß die Rechte des Dürfens und Könnens von der Aktivseite her, die Rechte des Sollens von der Passivseite her ihre Bezeichnung empfangen. — An Zitelmanns Terminologie hat sich in Ermangelung eines bessern Hellwig angeschlossen[1].

Ich möchte vorschlagen, die fraglichen Rechte als Gestaltungsrechte zu benennen. Dieser Name knüpft an die charakteristische Eigenschaft besagter Rechte an, die ihnen mit keiner anderen Rechtsgruppe gemeinsam ist, der Terminus gleitet leicht von den Lippen, er ist sprachlich gestaltungsfähig und er vermag die erwünschte Fühlung zu gewinnen mit dem neuerdings (durch Schrutka-Rechtenstamm, Stein, Hellwig u. a.) für die sogenannten konstitutiven Urteile aufgekommenen Namen „rechtsgestaltende[2] Urteile“ — ich werde sie Gestaltungsurteile nennen —, welche Urteile schon wegen des inneren Zusammenhangs des materiellen Gestaltungsrechts mit dem prozessualen Gestaltungsurteil (s. unten V) ihr privatrechtliches Gegenstück auch terminologisch geradezu fordern.

I.

Das private Gestaltungsrecht ist zu definieren als das subjektive (konkrete) Privatrecht, dessen Inhalt ist die Macht zur Gestaltung konkreter Rechtsbeziehung durch einseitiges Rechtsgeschäft. Die konkrete Rechtsbeziehung, die durch die Ausübung des Gestaltungsrechts betroffen wird, kann sein ein Rechtsverhältnis, speziell ein Herrschaftsrecht (und die ihm korrelate Bindung, Belastung, Pflicht, Haftung) oder wiederum

[1] Hellwig scheidet aber bereits richtig die Rechte an Rechten aus. Diese gehören zu den unmittelbar das Objekt erfassenden Herrschaftsrechten, mag man das Rechtsobjekt im Rechte sehen, oder, was ich für besser begründet halte, im Objekte desjenigen Rechts, an dem das sog. Recht am Recht besteht. Das Objekt unterliegt einer Doppelherrschaft, und die Mitherrschaft des Zweitberechtigten (Kooptierten) empfängt Inhalt und Begrenzung aus dem Zwecke der Mitberechtigung. — Rechte an den in dieser Skizze berührten Rechten sind entsprechend zu konstruieren.

[2] Daß „rechtsgestaltend“ ein zu enger Ausdruck ist, rügt mit Recht Kisch; den Terminus „Gestaltung“ trifft der Vorwurf nicht.

ein Gestaltungsrecht[1], oder eine Macht oder eine Last[2] oder eine Personen- oder Sacheigenschaft[3]. Das Mittel der Gestaltung ist die einseitige rechtsgeschäftliche Willenserklärung[4], sei es unter Lebenden, sei es von Todes wegen[5], zu deren Wirksamkeit (nicht: Gültigkeit) bald ein Staatsakt (Gestaltungsurteil, Gestaltungsbeschluß der streitigen oder freiwilligen Gerichtsbarkeit usw.) hinzukommen muß, bald nicht.

Daß der Begriff des Gestaltungsrechts nicht auf das Privatrecht beschränkt ist, sondern im öffentlichen Recht[6] eine Rolle — und zwar vielleicht eine noch bedeutendere als im Zivilrecht — zu spielen hat, soll nur nebenbei angedeutet werden. Gestaltungsrechte öffentlichrechtlicher Natur, Amtsgestaltungsrechte finden sich auch in unseren privatrechtlichen Gesetzbüchern und Gesetzen normiert[7]. —

Jedes (private) Gestaltungsrecht muß den begrifflichen Allgemeinerfordernissen des subjektiven Privatrechts genügen. Danach sind keine Gestaltungsrechte das „Recht", Offerten zu machen, Stiftungen zu gründen, Verfügungen von Todes wegen zu errichten, durch Vertrag einem Dritten unmittelbar ein Forderungsrecht zu verschaffen usw. Denn was jeder kann, ist nicht konkrete Macht; jedes subjektive Recht ist ein Vor-Recht, ein mehreres gegenüber dem, was alle oder viele können; eine Macht, die den andern nicht zusteht. Das echte Gestaltungsrecht aber trägt stets die Merkmale des konkreten Privatrechts an sich, und wird praktisch unbedenklich in vielen Richtungen wie jedes andere Privatrecht behandelt.

Meist steht das Gestaltungsrecht in Beziehung zu bestimmten anderen (Herrschafts- oder Gestaltungs-) Rechten

---

1 Vgl. z. B. HGB. § 142 Abs. 1; Anfechtung des ein Vorkaufsrecht begründenden Vertrags.

2 Onerierend wirkt die Ausübung z. B. der Fristsetzungsrechte, des Befriedigungsrechts.

3 Der Fall, daß nicht eine rechtliche Relation oder Qualität, sondern eine rechtliche Existenz (Rechtssubjekt) betroffen wird, ist im Privatrecht so selten (Vernichtung der Aktiengesellschaft nach § 309 HGB.; Selbstauflösung des Vereins nach § 41 BGB.), daß er zwecks Vereinfachung der Definition außer Ansatz bleiben kann.

4 Der „zivilrechtliche Subjektivakt" Kohlers.

5 Entziehung des Pflichtteils, Anerkennung der Ehelichkeit.

6 Zivilprozeß, freiwillige Gerichtsbarkeit, Strafrecht, Strafprozeß, Verwaltungsrecht, Staatsrecht. Dem Rechtsgeschäft in der privatrechtlichen Definition wäre die publizistische Handlung, speziell der Staatsakt zu substituieren.

7 Vgl. z. B. BGB. §§ 43. 73. 87 (ähnlich FGG. § 144); ferner das Recht zur Entziehung und Wiederverleihung der Einzelrechte aus der elterlichen Gewalt.

oder zu bestimmten Verpflichtungen, sei es, daß ihr Subjekt noch ihr Träger ist, oder daß sie über- oder untergegangen sind; dies trifft bei allen Aufhebungs-, Änderungs- und Wiedererlangungsrechten, bei einzelnen Begründungsrechten zu. Vereinzelt aber finden sich Gestaltungsrechte auch ohne jedes Verhältnis zu bisheriger konkreten Rechts- oder Pflichtstellung (so das Vorkaufsrecht). Letztere Gestaltungsrechte können wir primäre nennen, erstere sekundäre bezw. residuäre. Die primären waren gelegentlich in Gefahr, übersehen zu werden.

Um die Masse der (primären und sekundären) Gestaltungsrechte zu ordnen, bieten sich verschiedene Einteilungsgründe dar.

Man kann die Einzelerscheinungen der Gestaltungsrechte zunächst gruppieren nach der Wirkung, die ihre Ausübung auf die betroffene Rechtsbeziehung hat. Danach würden sie zerfallen in Begründungsrechte[1], Änderungsrechte[2] und Aufhebungs- (Vernichtungs-)rechte[3]. Das Mißliche der Einteilung ist, daß es Gestaltungsrechte gibt, deren Ausübung auf einen Schlag Rechte sowohl begründet als aufhebt. So hebt der Rücktritt die Vertragswirkungen auf und er begründet regelmäßig ein neues Schuldverhältnis auf Rückgewähr der empfangenen Leistungen. Wenn dagegen die Anfechtung des Übereignungsgeschäfts das Eigentum des Anfechtungsgegners beendigt und (ex tunc) Eigentum des früheren Eigentümers entsteht, wenn der Schenkungswiderruf die Schenkungscausa endigt und die condictio ob causam finitam erwächst, so steht wohl die Aufhebungswirkung allein, und die Rechtsbegründung tritt als selbständige Folge hinzu.[4]

Eine andere denkbare Einteilung geht aus von der Wirkung des ausgeübten Gestaltungsrechts nicht auf die betroffene kon-

[1] z. B. Aneignungsrechte an herrenlosen Sachen, Recht auf Wiedererlangung der Verwaltung und Nutznießung, Recht auf Wiedererlangung der elterlichen Gewalt, Vorkaufsrecht, Gläubigeranfechtungsrecht.

[2] z. B. Wahlrecht bei der Alternativobligation, Recht der Leistungsbestimmung, Recht des Schadensersatzberechtigten, dem Anspruch auf Naturalherstellung den Anspruch auf Zahlung der Herstellungskosten durch sein Verlangen zu substituieren, Kündigungsrecht (soweit es die nichtfällige Forderung in eine fällige verwandelt), Recht der Erbschaftsannahme, Recht der Abandonerklärung bei der Seeversicherung.

[3] z. B. Anfechtungsrecht, Aufrechnungsrecht, Scheidungsrecht, Recht „auf“ Nichtigkeitserklärung der Ehe.

[4] Vgl. ferner etwa die aufhebende Ehescheidung mit den an sie geknüpften positiven Rechtsfolgen.

krete Rechtsbeziehnng, sondern auf die betroffene Rechtssphäre, das betroffene Rechtssubjekt.

Gewisse Gestaltungsrechte berühren unmittelbar nur die eigene Rechtssphäre des Gestaltungsberechtigten[1], während ihre Ausübung in fremde Rechtssphären überhaupt nicht oder höchstens per reflexum[2] eingreift. Man kann hier von Eigengestaltungsrechten sprechen. Die meisten von ihnen[3] führen zum Rechtserwerb oder zum definitiven Rechtserwerb (der hier nicht auf fremde Kosten erfolgt), so das Aneignungsrecht an herrenlosen Sachen, das Recht der Erbschaftsannahme. Für diese Unterart läßt sich die Bezeichnung: Zugriffsrechte bilden.

Die andern Gestaltungsrechte greifen im Ausübungsfalle sämtlich unmittelbar auf fremde Rechtssphären über, weshalb ich sie (in den Vorlesungen[4]) als Eingriffsrechte bezeichnet habe.

Zugriffs- und Eingriffsrechte bilden zwei sich niemals schneidende Kreise[5]. Daß die Aneignungsrechte bald unter die Zugriffs-, bald unter die Eingriffsrechte fallen, entspricht ihrer verschiedenen Natur: die Ausübung des im Jagdrecht liegenden Zugriffsrechts greift nicht in fremdes Eigentum ein, wohl aber die Ausübung des mit dem Abtrennungsrecht des Besitzers, mit dem Zweig-Abschneiderecht des Eigentümers, des im Einrichtungswegnahmerecht enthaltenen Eingriffsrechts, die zum Erwerbe fremden Eigentums führt[6].

Die Zugriffsrechte in weitere Unterarten zu spalten, ist nicht geboten. Dagegen sind die Eingriffsrechte unter sich keineswegs gleichartig. Es gibt

---

[1] Meist günstig, unter Umständen auch ungünstig (Annahme nicht schuldenfreier Erbschaft).

[2] z. B. Beendigung der Vormundschaft und damit des Amtes des Vormunds durch Wiederaufhebung der Entmündigung.

[3] Nicht das Recht auf Wiedererlangung der Geschäftsfähigkeit, das Recht zur Selbstauflösung des Vereins, das Recht zur Dereliktion beweglicher Sachen.

[4] Daraus ist der Begriff in die Dissertationen einiger meiner Zuhörer übergegangen: Marckwald, Die condictio indebiti bei Zahlung in Unkenntnis der Aufrechnungsbefugnis, 1901; Burdorff, Rechtliche Natur des obligatorischen Vorkaufs- und Wiederkaufsrechts, 1902; Abraham, Geltendmachung der Aufrechnung und anderer Eingriffsrechte in der Vollstreckungsinstanz, 1902.

[5] Dadurch gewinnen sie einen gewissen systematischen Vorzug vor der erstgedachten Einteilung in Begründungs- usw. Rechte.

[6] Hierher gehört wohl auch das Recht des Gläubigers bezüglich der für ihn hinterlegten, im Eigentum des Hinterlegers gebliebenen Sachen; der Gläubiger erlangt (wie übrigens der Oblat durch jede Traditionsofferte) „die präsente Möglichkeit, das Eigentum zu erwerben“ (Kohler).

1. Lediglich vorteilhafte Eingriffsrechte, deren opferlose Ausübung nur zuungunsten der fremden, zugunsten der eigenen Rechtssphäre des Eingriffsberechtigten wirkt, deren Ausübung also auch dem beschränkt Geschäftsfähigen allein ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters freisteht als „eine Willenserklärung, durch die er . . . lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt." So die Kündigung einer unverzinslichen Darlehnsforderung, die Herabsetzung einer Leistung, die Anfechtung einer Übereignung, einer dinglichen Belastung, eines einseitigen Schuldverhältnisses, in dem der Anfechtende Schuldner ist.

2. Nachteilige Eingriffsrechte, deren die eigene Berechtigung opfernde Ausübung nur zuungunsten der eigenen, zugunsten der fremden Rechtssphäre wirkt. So die Ausschlagung eines unbelasteten Vermächtnisses, die Zurückweisung des Rechts aus dem Vertrag zugunsten Dritter, die Anfechtung einer Schenkung durch den Beschenkten, die einseitige Aufhebung von dinglichen Belastungen, die Grundstücksdereliktion.

3. Vor- und nachteilbringende Eingriffsrechte, deren Opfer um Opfer tauschende Ausübung beide Rechtssphären, die eigene und die fremde, günstig und ungünstig beeinflußt, auf beiden Seiten zum Verlust eines Rechts bezüglich der andern Rechtssphäre bezw. zur Entstehung einer Verbindlichkeit führt. So die Aufrechnung, die Ehescheidung (welche dem Kläger sein Herrschaftsrecht am beklagten Ehegatten nimmt, ihn vom Herrschaftsrecht des beklagten Ehegatten befreit, und umgekehrt), die Anfechtung eines zweiseitigen Schuldverhältnisses.

4. Neutrale Eingriffsrechte, deren Ausübung die eigene Rechtssphäre durchaus unberührt läßt[1], ihr also weder Vorteil noch Nachteil bringt. So das Bestimmungsrecht des Dritten[2], wohl auch das einem andern als dem Nächstberufenen zustehende Anfechtungs(klag)recht gegenüber dem Erbunwürdigen. —

Die verwickelte Frage nach dem Objekte der Gestaltungsrechte behalte ich späterer Behandlung an anderem Orte vor. Hier nur so viel. Das Ausübungsmittel beim Gestaltungsrecht

[1] Abgesehen natürlich von dem mit der Ausübung des Eingriffsrechts notwendig verbundenen, weder nützlichen noch schädlichen Untergange des Rechts.

[2] Auf dessen Ausübung § 107 BGB. analog anzuwenden ist.

ist eine Willenserklärung; von einem Objekt der Willenserklärung wird man auch da nicht sprechen dürfen, wo die Erklärung empfangsbedürftig ist; der Adressat ist nicht Objekt. Nur wenn die Willenserklärung die Gestalt des Naturalakts annehmen muß (wie bei den Aneignungen), hat zwar nicht die Erklärung, aber der Naturalakt ein Objekt am Gegenstande der Naturalbetätigung. Sieht man auf die Wirkung der Ausübung, so wird man den Gegenstand des Gestaltungsrechts in der zu gestaltenden Rechtsbeziehung oder vielmehr in deren Objekt (bezw. Träger) zu erblicken haben[1]. Ein „Verpflichteter" steht dem Gestaltungsberechtigten jedenfalls nicht gegenüber. Es ist nicht korrekt, wenn das Gesetz beim Vorkauf vor Ausübung des Vorkaufsrechts von einem „Verpflichteten" redet, man müßte denn eine suspensiv bedingte Verpflichtung überall da als existent annehmen wollen, wo die künftige Ausübung des Gestaltungsrechts einen Anspruch erzeugt, z. B. bei dem anspruchbegründenden Rücktritt.

Der Genuß besteht beim Gestaltungsrecht in der rechtsgeschäftlichen Ausübung. Genuß und ausübende Verfügung fallen hier zusammen.

Daß die Gestaltungsrechte überhaupt subjektive Privatrechte seien, ist geleugnet worden. So sehen noch die Protokolle im Anfechtungsrecht, obgleich es im Gesetz Recht genannt wird, kein Recht[2]. Eine solche Leugnung ist nur möglich, wenn man entweder an die erschöpfende Vollständigkeit der üblichen Einteilungsschablonen glaubt oder das Privatrecht so definiert, daß nur für die Herrschaftsrechte Raum bleibt. Die herkömmliche Begriffsbestimmung des Privatrechts ist so eng nicht, und eine Einengung dürfte sich trotz der einschneidenden Verschiedenheiten der Herrschafts- und Gestaltungsrechte nicht empfehlen.

Von einigen Rechten ist es bestritten, ob sie unter das, was wir Gestaltungsrechte nennen, zu subsumieren seien.

1. Zitelmann sieht im Recht am Recht ein Recht des rechtlichen Könnens. Schon oben (S. 210) ist für die Zugehörig-

[1] Die noch auszubauende Lehre von der Gestaltungsgegnerschaft (z. B. Sukzession in dieselbe, s. § 406 BGB.) ist im folgenden höchstens gelegentlich berührt. Die Zugriffsrechte sind gegnerlos; bei den Eingriffsrechten ist Gestaltungsgegner der Träger der gestaltbaren fremden Rechtsbeziehung.

[2] Manche reden, statt von Recht, von „Möglichkeit", Widerrufsmöglichkeit usf.

keit des Rechts am Rechte[1] zu den Herrschaftsrechten (Darf- oder Sollrechten) plädiert worden. Unter den Begriff des Gestaltungsrechts fällt das Recht am Herrschaftsrechte, z. B. das Pfandrecht an der Forderung, auch deshalb nicht, weil es nicht durch einseitiges Rechtsgeschäft ausgeübt wird.

2. Hellwig zählt zu den Gestaltungsrechten die peremtorischen Einreden im Sinn des bürgerlichen Rechts, indem er annimmt, daß durch gerichtliche oder außergerichtliche Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts, die aber ein Fordern des Berechtigten zur Voraussetzung habe, das bisher gehemmte Recht erlösche. Die Einrede wäre also, ähnlich wie das Anfechtungrecht, ein Anspruchsvernichtungsrecht. Obgleich das BGB. einigemal im Ausdruck („kürzen") zugunsten der Vernichtungstheorie entgleist ist, ergibt sich doch aus dem übrigen Gesetzesinhalt, daß der ausgeübten zivilrechtlichen Einrede nicht Vernichtungskraft zukommt (vgl. insbesondere Gesetzesbestimmungen wie § 1169 BGB.). Die gerichtliche oder außergerichtliche Ausübung der Einrede läßt alles beim alten, soweit Existenz und Ausübbarkeit des Anspruchs in Frage stehen; sie setzt nur den einzelnen Akt der Geltendmachung außer Wirkung.

3. Windscheid stellt das Verfügungsrecht mit einigen Gestaltungsrechten unter demselben Artbegriff zusammen. Um zu zeigen, daß Gestaltungsrecht einerseits, Verfügungsrecht und seine Verwandten andererseits getrennt zu halten sind, mag hier nur ein Gesichtspunkt hervorgekehrt werden. Das Verfügungsrecht, d. h. das Recht, im eigenen Namen über ein eigenes oder fremdes Recht zu verfügen, und das Vertretungsrecht, d. h. das Recht, durch Rechtsgeschäft im fremden Namen Wirkungen für oder gegen eine fremde Rechtssphäre zu erzeugen, werden nicht notwendig durch einseitige Willenserklärung ausgeübt. Wenn der Ehemann kraft seines Verfügungsrechts über verbrauchbare Sachen des eingebrachten Guts solche Sachen im eigenen Namen einem Dritten übereignet, so liegt ein dinglicher Vertrag vor und nur dieser, nicht eine Kombination von Vertrag und einseitigem Rechtsgeschäft. —

Zu anderen gegenwärtigen Rechten des Gestaltungsberechtigten stehen die Gestaltungsrechte teils in keiner Beziehung, teils und häufig in einer näheren und zwar in einer Abhängigkeitsbeziehung. Die Gestaltungsrechte sind bald selbständig, bald unselbständig.

[1] Wenigstens am Herrschaftsrechte; Rechte an Gestaltungsrechten sind Mitgestaltungsrechte.

Die selbständigen Gestaltungsrechte sind bald ursprüngliche Bildungen[1], bald Überbleibsel[2] vom Stoffe früherer eigener (Herrschafts- oder Gestaltungs-) Rechte[3].

Die unselbständigen Gestaltungsrechte sind mit anderen Rechten oder mit Passivstellungen (Pflicht, Belastung) verknüpft. Die Verknüpfung kann eine mehr oder weniger enge sein; das Gestaltungsrecht kann Bestandteil oder aber bloße Akzession, Zubehör[4] der anderen Rechtsbeziehung sein. Die engste Verbindung ist gegeben, wo das Gestaltungsrecht von dem Hauptrechte nicht getrennt, also nicht selbständig zediert und nicht durch selbständigen nackten Verzicht zum Erlöschen gebracht werden kann[5]. In anderen Verbindungsfällen[6] ist das Gestaltungsrecht zwar selbständig verzichtbar[7], aber vom Bestehen oder wenigstens vom Entstehen[8] der Hauptbeziehung abhängig.

II.

Zur Lehre von der Entstehung der Gestaltungsrechte können in dieser Skizze wieder nur einige Bausteine geliefert werden.

Bei den selbständigen Gestaltungsrechten ist, wenn ich recht sehe, die Entstehung durch unerlaubte Handlung und durch Vermächtnis im technischen Sinne der §§ 1939, 2174[9] ausgeschlossen. Beide Tatbestände erzeugen nur Forderungen, also Herrschaftsrechte. Da das Gestaltungsrecht kein Herr-

---

[1] z. B. das Vorkaufsrecht.

[2] Also sekundäre Bildungen. Die hier getroffene Einteilung deckt sich folglich nicht mit der oben S. 212 behandelten.

[3] Diese Gruppe wird gebildet durch die selbständigen Wiedererlangungsrechte, wozu auch gehören dürfte das Rücktrittsrecht in seiner rekuperatorischen Funktion, dagegen nicht das Anfechtungsrecht gegenüber verfügenden und erfüllten verpflichtenden Rechtsgeschäften, vgl. unten S. 222 ff.

[4] So z. B. das Ehevernichtungsrecht des Dritten (ZPO. § 632 Abs. 1 S. 2) im Verhältnis zu der vom Bestand der Ehe abhängigen Berechtigung oder Verpflichtung.

[5] Wie das Wahlrecht bei der Alternativobligation, das in dem ius tollendi enthaltene Aneignungsrecht.

[6] Aufrechnungsrecht, Kündigungsrecht, Anfechtungsrecht, wo es (gegenüber Belastungs- und Verpflichtungsgeschäften) liberatorisch wirkt, Rücktrittsrecht in seiner liberatorischen Funktion, Scheidungsrecht.

[7] Das Aufrechnungsrecht durch nachträgliches pactum de non compensando.

[8] Das Anfechtungsrecht entsteht nicht bei Nichtigkeit der anzufechtenden Rechtsbeziehung (z. B. gegenüber dem erzwungenen unsittlichen Geschäft).

[9] Die Teilungsanordnung des § 1515 Abs. 1. 3, die ein — übrigens unselbständiges — Übernahmerecht ins Leben ruft, ist kein Vermächtnis.

schaftsrecht ist, so kann es auch nicht selbständig durch unerlaubte Handlung oder Vermächtnis entstehen. Freilich wird für das sogenannte obligatorische Vorkaufsrecht vielfach das Gegenteil behauptet, in offenbarem Widerspruch mit dem Prinzip des Damnationslegats, wenn man hinsichtlich des Vorkaufsrechts der Theorie des Gestaltungsrechts oder der Offertentheorie folgt[1]. Auch eine Reihe von unselbständigen Gestaltungsrechten, wie das Scheidungsrecht wegen Verschuldens, das Ausschließungsrecht gegenüber dem Gesellschafter, das Anfechtungsrecht wegen Täuschung und Drohung, entsteht zwar aus rechtswidriger Handlung, aber nicht aus unerlaubter Handlung im technischen Sinne.

Ebenso hat der Zeitablauf wenigstens für die Gestaltungsrechte des BGB. (und HGB.) auszuscheiden. Die Verjährungseinrede ist keine Gegeninstanz, da sie kein Eingriffsrecht erzeugt.

Danach bleiben von privatrechtlichen Entstehungsgründen im wesentlichen[2] übrig Rechtsgeschäft[3] und Gesetz. Manche Gestaltungsrechte können nach geltendem Recht nur durch Rechtsgeschäft begründet werden[4], manche entstehen nur ex lege[5], andere sowohl durch Geschäft als durch Gesetz[6].

Die Einräumung eines Gestaltungsrechts durch Rechtsgeschäft ist bald Verfügung, bald ein Analogon der Verpflichtung[7].

Die Frage, ob die Begründung anderer als der im Gesetze normierten[8] Gestaltungsrechte durch Rechtsgeschäft unmöglich ist, m. a. W. ob, wie es ein geschlossenes System der Sachenrechte gibt, so auch die Zahl der Gestaltungsrechte geschlossen ist, wird man anscheinend eher zu bejahen als zu verneinen

[1] Anders, wenn die Theorie des suspensiv bedingten Kaufs richtig wäre.

[2] Durch unerlaubte Handlung (s. oben) sowie meines Wissens durch Urteil entstehen nur unselbständige Gestaltungsrechte, z. B. gemäß HGB. § 142 Abs. 1 ein Übernahmerecht. — Von dem eine Willenserklärung ersetzenden Gestaltungsurteil sehe ich hier ab.

[3] Das Vermächtnis nur, soweit es nicht nach dem vorhin Gesagten ausscheidet.

[4] z. B. Wiederkaufsrecht.

[5] So die Anfechtungsrechte, das Scheidungsrecht, Aufrechnungsrecht, die Rechte zu einseitigem Verzicht; auch die Aneignungsrechte gehören wohl großenteils hierher.

[6] Kündigungsrecht, Rücktrittsrecht, Widerrufsrecht, Vorkaufsrecht usw.

[7] Letzteres trifft beim obligatorischen Vorkaufsrecht zu. Bezieht es sich auf ein Grundstück, so ist das Einräumungsgeschäft an die Form des § 313 gebunden.

[8] Durch § 515 scheint ein Wiedertausch- und Vortauschrecht normiert zu sein.

haben. Am leichtesten noch wird man geneigt sein, auf dem Gebiete des Schuldrechts private Neuschöpfungen von Gestaltungsrechten zuzulassen; nicht undenkbar wären Rechte wie ein Vormietrecht, ein Vorpachtrecht und ein Vordienstrecht.

Allgemein kann ferner eine Rechtsposition, die mit dem Gestaltungsrecht eine gewisse Ähnlichkeit hat, insoweit geschaffen werden, als Rechtsgeschäfte die Zufügung einer Bedingung ertragen. Durch Setzung einer reinen Potestativbedingung kann z. B. ein Recht der Erlangung oder Wiedererlangung verschafft werden. Die Übereignung unter der aufschiebenden Bedingung, daß der Erwerber das Eigentum erwerben zu wollen erklärt, ist verwandt mit dem Erwerb eines Aneignungsrechts. Verwandt, aber keineswegs identisch[1]. Denn[2] die Erfüllung der Bedingung, auch wenn sie in einer Willenserklärung besteht, ist hier so wenig wie sonst Rechtsgeschäft oder anderer konstitutiver Tatbestand, sondern von nur auslösender Bedeutung. Das Eigentum, um bei obigem Beispiel zu bleiben, geht nicht über kraft der in condicionem verstellten einseitigen Erwerbserklärung, sondern kraft des in der Vergangenheit liegenden Übereignungsvertrags. Also ist das suspensiv bedingte Anwartschaftsrecht nicht ein (durch gestaltendes einseitiges Rechtsgeschäft ausübbares) Gestaltungsrecht; und das Anwartschaftsrecht wird durch Erfüllung der Bedingung nicht ausgeübt und konsumiert, sondern in ein Vollrecht verwandelt. —

Die Schaffung von Gestaltungsrechten durch Rechtsgeschäft kann im freien Belieben der Parteien stehen oder kraft einer Obligation erzwingbar sein[3].

Manche unselbständigen Gestaltungsrechte entstehen zugleich mit demselben und bestimmungsgemäß durch denselben Tatbestand, welcher das Recht, dessen Bestandteil sie sind, zur Entstehung bringt[4]; andere entstehen zwar zugleich mit dem-

---

[1] Darin u. a. zeigt sich die Verschiedenheit des Gestaltungsrechts von Enneccerus' Erwerbsberechtigung. Unter letzteren Begriff fällt auch das Recht, beim Eintritt einer Bedingung ein andres Recht ipso iure zu erwerben.

[2] Von der Frage der Rückwirkung sehe ich ab.

[3] Vermächtnis eines durch Vertrag zwischen dem Erben und Vermächtnisnehmer zu begründenden Vorkaufsrechts; ein andres Beispiel in § 1612 Abs. 1 S. 2 BGB.

[4] So Wahlrecht und alternatives Schuldverhältnis durch Vertrag, Vermächtnis oder Auflage von Todes wegen; so einseitiges Verzichtsrecht und verzichtbares Recht; so facultas alternativa des Gläubigers beim Schadensersatzanspruch und dieser Anspruch.

selben, aber nicht durch denselben Tatbestand[1]; andere endlich weder zugleich mit demselben, noch durch denselben Tatbestand[2].

III.

Hinsichtlich der Übertragbarkeit und des Übergangs der Gestaltungsrechte allgemeingültige Sätze aufzustellen, wird der Theorie noch manches Kopfzerbrechen verursachen; auch im einzelnen ergeben sich hier nicht geringe Schwierigkeiten, namentlich für das Anfechtungsrecht.

Verhältnismäßig einfach liegt die Frage der Vererblichkeit. Die Unvererblichkeit der Gestaltungsrechte ist die Ausnahme, aber eine sehr häufige Ausnahme[3]; die Vererblichkeit die Regel[4].

Aus der Zulassung der Universalsukzession folgt nicht die Zulässigkeit der Singularsukzession.

Zwar sagt das BGB.: „Die Vorschriften über die Übertragung von Forderungen finden auf die Übertragung anderer Rechte entsprechende Anwendung, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt." Und das Gesetz schreibt für die Gestaltungsrechte als solche nichts anderes vor. Prinzipiell ist also die Übertragung von Gestaltungsrechten, speziell die Abtretung durch formlosen Vertrag, möglich, und zwar auch dann, wenn, wie beim Wiederkaufsrecht, die Ausübung des Eingriffsrechts eine Verpflichtung zur Übertragung von Grundstückseigentum begründet.

Nun ist aber die Übertragung für eine Reihe von Gestaltungsrechten durch ausdrückliche Vorschrift ausgeschlossen[5]; für eine zweite Reihe ergibt sich die Unübertragbarkeit aus ihrer Natur. Die selbständige Übertragbarkeit geht nämlich

---

1 So die Anfechtungsrechte.

2 z. B. das Scheidungsrecht, das Recht zur Auflösung der Gesellschaft.

3 Unvererblich sind z. B. das Recht der Eheanfechtung, der Ehelichkeitsanfechtung, das vertragsmäßige Vorkaufsrecht im Zweifel, die Wiedererlangungsrechte des ehelichen und elterlichen Güterrechtes, das Widerrufsrecht des Schenkers abgesehen von zwei Ausnahmefällen, das Schenkungswiderrufsrecht des unschuldigen Geschiedenen, das Übernahmerecht des überlebenden Ehegatten nach § 1502 Abs. 1.

4 Sie gilt z. B. für das allgemeine Anfechtungsrecht gegenüber Rechtsgeschäften, das Wiederkaufsrecht, das gesetzliche Vorkaufsrecht des Miterben, die Aneignungsrechte, das Aufrechnungsrecht, das Ausschlagungsrecht des Erben und des Vermächtnisnehmers, das Recht aus der Offerte, falls es dem Parteiwillen entspricht, das Kündigungsrecht.

5 So das vertragsmäßige Vorkaufsrecht, dingliches wie obligatorisches, im Zweifel; so das gesetzliche Vorkaufsrecht der Miterben schlechthin.

allen Gestaltungsrechten ab, die als Bestandteile oder Akzessionen mit anderen Rechtsverhältnissen verbunden sind. So können Wahlrecht, Bestimmungsrecht, Kündigungsrecht, Zurückweisungsrecht des Dritten beim Vertrag zugunsten Dritter, Recht zur Herabsetzung übermäßiger Leistungen, Widerrufsrecht z. B. bei Auslobung und Darlehnsvorvertrag nur zugleich mit der Forderung oder Schuld (dem Schuldverhältnis) übergehen[1], womit sie verknüpft sind. Andererseits gehen die unselbständigen Gestaltungsrechte notwendig mit der Hauptrechtsbeziehung über, falls letztere vollkommen auf den Singularsukzessor übertragen wird. Gänzlich unübertragbar dürften wegen ihres höchstpersönlichen Charakters sein: das Widerrufsrecht des Schenkers[2], das Schenkungswiderrufsrecht des unschuldigen Geschiedenen[2], die Anfechtungsrechte des persönlichen Familienrechts, die Wiedererlangungsrechte des Familiengüterrechts.

Den nicht oder nicht selbständig übertragbaren Gestaltungsrechten stehen selbständig übertragbare gegenüber[3]. Beispiele für letztere sind: das vertragsmäßige Vorkaufsrecht, dingliches (bestritten) wie obligatorisches, kraft besonderer Parteibestimmung; das Wiederkaufsrecht schlechthin, falls nicht ein pactum de non cedendo entgegensteht; das Rücktrittsrecht unter Umständen (s. unten S. 222ff.: A 1b. 2d.).

Für einen interessanten Spezialfall ergibt sich die Übertragbarkeit unmittelbar aus dem Gesetze. Das Sachvermächtnis verwandelt sich, wenn der Erblasser infolge von Verbindung der Sache mit einer andern durch einen Dritten das Eigentum verloren, aber das Recht zur Wegnahme der verbundenen Sache behalten hat, im Zweifel in ein Vermächtnis des Wegnahmerechts; der Erbe ist also verpflichtet, das ius tollendi, damit ein Aneignungsrecht[4] dem Vermächtnisnehmer abzutreten, muß es demnach auch abtreten können. Um selbständige Übertragbarkeit des Gestaltungsrechts handelt es sich hier nicht; das Aneignungsrecht geht über als Bestandteil des Gesamtrechts, das die Rechte zur Abtrennung und zur Aneignung umfaßt[5].

Zu genauerer Untersuchung laden das Rücktrittsrecht und namentlich das Anfechtungsrecht ein. Die hier ge-

---

[1] Durch Abtretungsvertrag oder z. B. nach § 571 BGB. ex lege.

[2] Das Gesetz schweigt.

[3] Hellwig lehrt: Die Rechte des rechtlichen Könnens (= Gestaltungsrechte) „können niemals selbständig (für sich allein) übertragen werden".

[4] Genauer: das Recht zur Wiedergewinnung der verlorenen dinglichen Rechtsposition.

[5] Analoges wird z. B. für das Bergrecht zu gelten haben.

botene Raumbeschränkung zwingt dazu, die nähere Begründung der im folgenden mitgeteilten ausgewählten Ergebnisse für andre Gelegenheit aufzusparen.

A. Beim Rücktrittsrecht wird man zu unterscheiden haben, ob der Vertrag einseitig oder zweiseitig ist und ob der rücktrittsberechtigte Schuldner[1] bereits geleistet hat oder nicht.

1a. Hat sich der Schuldner beim einseitigen Vertrage (Schenkungsversprechen) ein Reurecht vorbehalten und noch nicht geleistet, so ist das Rücktrittsrecht Bestandteil der Schuld und nur durch Schuldübernahme, nicht selbständig, übertragbar. Denn das Rücktrittsrecht entfaltet hier nur seine Liberations-, nicht seine Rekuperationsfunktion.

1b. Hat der Schuldner in demselben Falle geleistet, so ist das Schuldverhältnis untergegangen. Die Ausübung des Rücktrittsrechts wirkt hier nicht liberatorisch, sondern lediglich forderungsbegründend und zwar zugunsten des Zurücktretenden. Was hier der selbständigen[2] Abtretung des Rücktrittsrechts entgegenstehen soll, sehe ich nicht ein[3].

2a. Der zweiseitige Vertrag (Kauf) ist von der rücktrittsberechtigten Partei (z. B. Verkäufer) erfüllt, die Leistung des Gegners (Kaufpreis) steht noch aus. Da hier durch Ausübung des Rücktrittsrechts der Gegner (Käufer) von seiner Verbindlichkeit befreit und (zugunsten des Rücktrittsberechtigten) an Stelle der zu vernichtenden Forderung aus dem Vertrage (auf den Kaufpreis) eine Forderung auf Rückgewähr des vom Gegner Empfangenen (Kaufsache) begründet werden soll, so kann das Rücktrittsrecht nicht selbständig, wohl aber zusammen mit der Forderung aus dem Vertrage (auf den Kaufpreis) abgetreten werden[4].

2b. Der zweiseitige Vertrag (Kauf) ist von der rücktrittsberechtigten Partei (z. B. Verkäufer) noch nicht erfüllt, vom

[1] Auf das Rücktrittsrecht des Nur-Gläubigers gehe ich hier nicht ein.

[2] Die Vorstellung einer Zession der künftigen Forderung auf Rückgewähr des Empfangenen wird man nicht zur Hilfe heranzuziehen brauchen, nicht einmal heranziehen dürfen.

[3] And. Mein. anscheinend Schollmeyer, der allgemein lehrt: „Das Rücktrittsrecht ist mit dem obligatorischen Schuldverhältnis, auf welches es sich bezieht, verknüpft. Wer an Stelle des Rücktrittsberechtigten in dieses Schuldverhältnis eintritt, hat das Rücktrittsrecht". In unserm Falle 1b ist das Schuldverhältnis erloschen.

[4] Ebenso Schollmeyer (s. vorige Note). And. Mein. (?) Hellwig: Der Zessionar einer Kaufgeldforderung könne nicht vom Kaufvertrag, d. h. vom ganzen Kaufverhältnis, zurücktreten.

Gegner (Käufer) erfüllt. Da hier der Rücktritt wieder (vgl. 1a) zur Befreiung des Rücktrittsberechtigten führt, es aber keinen Sinn hat, die Entscheidung über Liberation oder Nichtliberation einem Dritten suo nomine zu übertragen, so ergibt sich wieder, daß das Rücktrittsrecht (als Bestandteil) nicht selbständig übertragen werden, vielmehr nur durch Übernahme der Schuld des Rücktrittsberechtigten auf den Dritten übergehen kann[1]. Zur Restitution der vom Gegner erbrachten Leistung (Kaufpreis) ist nach dem Rücktritt nicht der Urschuldner verpflichtet, sondern der Schuldübernehmer; er ist Partei im Sinne des Gesetzes. Durch die Ausübung seines Eingriffsrechtes berührt der Dritte außer der Rechtssphäre des Gegenkontrahenten nur seine eigene, nicht aber die des Urschuldners.

2c. Der zweiseitige Vertrag (Kauf) ist weder von der rücktrittsberechtigten Partei (z. B. Verkäufer) noch vom Gegner (Käufer) erfüllt. Die Kombination der unter 2a und 2b vertretenen Sätze führt zu dem Ergebnis, daß das Rücktrittsrecht auf einen Dritten nur übergehen kann, wenn dieser in das gesamte Schuldverhältnis durch Zession und Schuldübernahme eintritt.

2d. Der zweiseitige Vertrag (Kauf) ist sowohl von der rücktrittsberechtigten Partei (z. B. Verkäufer) als auch vom Gegner (Käufer) erfüllt, das Schuldverhältnis also erloschen. In Konsequenz des unter 1b Gesagten wird selbständige Abtretbarkeit des Rücktrittsrechts zu behaupten sein. Die Ausübung des Rücktrittsrechts wirkt hier wiederum nicht befreiend, sondern lediglich forderungsbegründend zugunsten[2] und schuldbegründend zu Lasten[3] des Zurücktretenden.

B. Beim Anfechtungsrecht führen wir dieselben Unterscheidungen durch.

1a. Der Schuldner hat sich durch anfechtbaren einseitigen Vertrag (Schenkungsversprechen) verpflichtet; die Schuld schwebt noch. Das dem Schuldner erwachsene Anfechtungsrecht kann als Bestandteil der Schuld (oben S. 217 N. 5. 6) nicht selbständig übertragen werden, wohl aber zugleich mit der

[1] Die Untersuchung der Frage, ob das Recht mit der Schuldübernahme ipso iure und notwendig übergeht (so Schollmeyer, vgl. oben S. 222 N. 3), behalte ich mir vor. Ich bin geneigt, die Frage teils zu verneinen, teils zu bejahen.

[2] Ohne Zuhilfenahme einer Zession, vgl. oben S. 222 N. 2.

[3] Ohne Zuhilfenahme einer Schuldübernahme, also auch ohne den Willen des Gegners.

Schuld im Wege der Schuldübernahme (= A 1 a). Wenn nun, noch bevor der Urschuldner vom Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangt hat, die Schuldübernahme erfolgt ist (etwa ebenfalls causa donandi), ist dann das Anfechtungsrecht (z. B. wegen arglistiger Täuschung) beim Urschuldner geblieben oder kraft Rechtsnotwendigkeit[1] ipso iure auf den Neuschuldner übergegangen[2]? Schollmeyer (ebenso Crome) beläßt das Anfechtungsrecht (und damit auch das Bestätigungsrecht!) beim Urschuldner, obgleich der Übernehmer dem Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen kann, die sich aus dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Gläubiger und dem bisherigen Schuldner ergeben. Schollmeyer leugnet sogar die „Einwendung des Betrugs" schlechtweg. Letzteres ist jedenfalls unrichtig. Denn aus dem Betrug hat der Urschuldner außer dem Anfechtungsrecht zweifellos einen Deliktsanspruch auf Liberation, sowie eine entsprechende echte Einrede (§ 853) erworben. Diese Einrede kann der Schuldübernehmer als Einwendung dem Gläubiger entgegensetzen. Was aber von dem Einrederecht gilt, muß wohl per argumentum a minori auch von dem Eingriffsrechte gelten. Ferner ist zu erwägen, daß der Urschuldner im hier besprochenen Falle der Schenkung[3] nicht das mindeste materielle Interesse an der Anfechtung hat; will er den Betrug verzeihen und das Geschäft bestätigen, so berührt auch diese Großmut seine Tasche nicht[4]. Ich würde also

---

[1] So, daß auch ein Vorbehalt das Verbleiben des Rechts beim ursprünglichen Berechtigten nicht bewirken könnte.

[2] Dieselbe Frage, deren Beantwortung wir für das Rücktrittsrecht ausgesetzt haben.

[3] In andern Fällen (z. B. bei Schuldübernahme an Erfüllungsstatt) sind die Interessen anders gelagert; auch hier geht das Anfechtungsrecht auf den Neuschuldner über, und die Frage, wie zwischen Urschuldner und Übernehmer die internen Beziehungen liegen (Last der oder Pflicht zur Ausübung von Anfechtungsrechten? zur Geltendmachung von Einreden? usw.), beantwortet sich nach den für das Kausalverhältnis (datio in solutum) geltenden Regeln. Die Gültigkeit und Tilgungswirkung der Hingabe an Erfüllungsstatt wird durch Anfechtung der übernommenen Schuld nicht berührt.

[4] Zur Begründung seiner entgegenstehenden Ansicht führt Schollmeyer lediglich die Behauptung an, es sei nur der Betrogene, nur derjenige, in dessen Person der Anfechtungsgrund sich ereignete, oder sein Erbe anfechtungsberechtigt. Crome sekundiert Schollmeyer mit der wiederum beweisbedürftigen Aufstellung, das Anfechtungsrecht stehe dem bisherigen Schuldner persönlich zu, dieses persönliche Recht des Schuldners hänge mit der Forderung nicht zusammen. — Auch dadurch läßt sich die Gegenansicht nicht stützen, daß man für die Fälle der Anfechtung wegen Irrtums auf § 122 BGB. hinweist, d. h. auf die Verpflichtung des Erklärenden, dem Gegner das negative Vertragsinteresse zu

das Anfechtungsrecht auf den Nachfolger in die Schuld übergehen lassen.

1b. Der Schuldner hat sich durch anfechtbaren einseitigen Vertrag (Schenkungsversprechen) verpflichtet; die geschuldete Leistung ist von ihm bewirkt worden. Die Anfechtung des Versprechens wirkt hier nicht befreiend, da die Schuld durch Erfüllung untergegangen ist, aber auch nicht von sich aus forderungsbegründend (zugunsten des Anfechtenden), da das Anfechtungsrecht als solches reines Vernichtungsrecht ist[1]. Vielmehr schafft die Anfechtung die (Schenkungs)causa[2] mit rückwirkender Kraft aus der Welt, und der Mangel der causa bei der Zuwendung (nicht die Anfechtung) begründet eine condictio (des Schenkers gegen den Beschenkten als bösgläubigen Kondiktionsschuldner). Die isolierte Abtretung des Anfechtungsrechts als solchen wäre hier zwecklos; denn die Anfechtung würde dem Zessionar nichts (dem Zedenten die condictio) verschaffen, weil sie nur die causa wegräumt, nicht aber aus sich, wie der Rücktritt (A 1b), eine Rückleistungsforderung zugunsten des Gestaltungsberechtigten begründet. Dagegen steht nichts im Wege, eine kombinierte Abtretung des Anfechtungsrechts und des mittels Anfechtung indirekt auszulösenden, künftigen Bereicherungsanspruchs zuzulassen. Der „Eintritt in das gesamte Rechtsverhältnis" (Hellwig) setzt hier Eintritt in die condictio futura voraus.

2a. Der anfechtbare zweiseitige Vertrag (Kauf) ist von der anfechtungsberechtigten Partei (z. B. Verkäufer) erfüllt (durch Übereignung und Übergabe der Kaufsache im Werte von 4000), die Leistung des Gegners (Kaufpreis von 600) steht noch aus. Vor Kenntnis des Anfechtungsgrundes zediert der Verkäufer seine Forderung an einen Neugläubiger (zum Zwecke der Schenkung). Folge der Anfechtung ist die anfängliche Nichtigkeit des Kaufes als Ganzen[3]. Gibt man dem

---

ersetzen. Denn ohne Zweifel ist in § 122 der ersatzpflichtige Erklärende mit dem Anfechtenden verwechselt, also § 122 korrektorisch zu interpretieren. Wenn unser Singularsukzessor (Schuldübernehmer) wegen Irrtums anföchte, so würde er nicht den Urschuldner, sondern sich selbst mit der Entschädigungspflicht belasten. — Hellwig teilt unsere Ansicht; er läßt Rechte wie das Anfechtungsrecht auf den Singularnachfolger übergehen, „wenn dieser in das gesamte Rechtsverhältnis eintritt" — was hier der Fall ist.

[1] Vgl. oben S. 212, 217 N. 3.

[2] Von der Anfechtung der Übereignung, die häufig unpraktisch ist, kann abgesehen werden.

[3] Liberation des Käufers (nicht des Verkäufers), Untergang der Forde-

beschenkten Zessionar das Anfechtungsrecht, so wird er sich beeilen, es durch Bestätigung zu verlieren, um den geschenkten Betrag in Sicherheit zu bringen[1], womit z. B. dem Betrüger die Frucht seiner Arglist gesichert wäre. Beläßt man umgekehrt dem schenkenden Zedenten, dem Verkäufer, das Anfechtungsrecht, so wird dieser vom Anfechtungsrecht Gebrauch machen, um ohne jeden Eigenverlust[2] die wertvolle Kaufsache zurückzubekommen. Wem von beiden werden wir das Anfechtungsrecht zusprechen? Das Anfechtungsrecht bleibt dem Verkäufer. Sein isolierter Übergang hätte keinen Sinn (vgl. B 1b), und den künftigen Bereicherungsanspruch (Wert 4000) wollte der ahnungslose Verkäufer (der 600 schenkte) nicht verschenken. Der Zessionar hat hier eben nur ein gebrechliches Recht erworben, er ist nicht Sondernachfolger in die Gesamtposition des Zedenten geworden. Er muß die Anfechtung mit ansehen, ohne Aussicht auf Schadensersatz, da der Schenker den Mangel im Recht nicht arglistig verschwiegen hat, und ohne Aussicht auf eine Kondiktion gegen den Zedenten, obgleich letzterer im Anfechtungsfalle „etwas" und zwar auf Kosten des Neugläubigers erlangt hat; denn er hat es erlangt im Zusammenhang mit der Ausübung seines Rechts, und jede Rechtsausübung trägt ihren rechtlichen Grund in sich selbst, sobald nur der Erwerb und Bestand des ausgeübten Rechts gerechtfertigt ist[3]. — Wenn der Verkäufer in Kenntnis vom Anfechtungsrechte dieses und die künftige Kondiktion (bezw. Vindikation) dem mit der Kaufpreisforderung Beschenkten abgetreten hat, sind, ähnlich wie bei der entsprechenden Abtretung des Rücktrittsrechts (A 2a), alle drei Rechte auf den Zessionar übergegangen.

2b. Der anfechtbare zweiseitige Vertrag (Kauf) ist von der anfechtungsberechtigten Partei (z. B. Käufer) noch nicht erfüllt, vom Gegner (Verkäufer) erfüllt. Vor Entdeckung des Anfechtungsgrundes (Betrug) übernimmt ein Dritter die Schuld des Käufers (causa donandi). Wirkung der Anfech-

rung des Zessionars, Wegräumung der Kaufcausa, Entstehung einer condictio des Verkäufers gegen den Käufer, eventuell auch einer vindicatio.

[1] Eine Verpflichtung des nurberechtigten Beschenkten zur Ausübung des Anfechtungsrechts besteht nicht.

[2] Die Ausübung seines Rechts kann den Schenker nicht mit einer Ersatzforderung aus § 521 zugunsten des Beschenkten belasten. Darauf, daß er im Anfechtungsfalle ein Nichts-Schenker ist, kommt nichts an.

[3] Ist die Kaufpreisforderung dem Neugläubiger nicht causa donandi, sondern etwa in solutum abgetreten, so macht die Anfechtung durch den Verkäufer-Zedenten letzteren dem Zessionar haftbar gemäß § 365 BGB.

tung ist rückwirkende Vernichtung des ganzen Kaufgeschäfts[1]. Könnte der Schuldübernehmer anfechten, so würde er sich suo iure[2] von der übernommenen Verbindlichkeit befreien und den Käufer ohne weiteres zur Rückgabe der Kaufsache verpflichten[3]. Läßt man das Anfechtungsrecht beim betrogenen Käufer, so muß er in eigentümlichem Konflikt wählen zwischen der seinem Schenker gebührenden Rücksicht[4] und seinem pekuniären Interesse: bestätigt er den Kauf, so behält er ohne eigene Leistung die Kaufsache und der Betrüger streicht als tertius gaudens den Kaufpreis vom Übernehmer ein; ficht er an, so verliert er, was er hat, ohne dafür Ersatz zu bekommen. Die Entscheidung der Alternative wird wiederum zugunsten des Erstinhabers des Anfechtungsrechts ausfallen müssen: das Anfechtungsrecht bleibt dem Käufer. Der schenkende Schuldübernehmer hat gewiß keine Gestaltungsmacht über das fremde Vermögen des Urschuldners erlangen sollen[5]. Solange dem Urschuldner das nicht ausgeübte Anfechtungsrecht zusteht, wird aber dem Übernehmer nach Analogie des Bürgschaftsrechts gegen die Forderung des Verkäufers eine dilatorische Einrede zustehen[6]. — Würde der Neuschuldner durch den sein Anfechtungsrecht kennenden Käufer anfechtungsberechtigt gemacht werden sollen, so müßte mit der Kaufschuldübernahme und der Abtretung des Anfechtungsrechts eine Übernahme der künftigen Verpflichtung zur Rückgabe der Kaufsache an den Verkäufer, unter Mitwirkung des letzteren[7], Hand in Hand gehen.

2c. Der anfechtbare zweiseitige Vertrag (Kauf) ist weder von der anfechtungsberechtigten Partei (z. B. Verkäufer), noch vom Gegner (Käufer) erfüllt. Die bisher gewonnenen Sätze

[1] Liberation des Neuschuldners (nicht des Verkäufers), Beseitigung des Schenkungserfolges und der Kaufcausa, Entstehung einer condictio des Verkäufers gegen den Käufer, eventuell auch einer vindicatio.

[2] Also keine Ersatzpflicht aus § 521 BGB. und keine Bereicherungshaftung gegenüber dem Urschuldner.

[3] Die Betrugseinrede (§ 853) könnte er nur geltend machen, wenn er Rückübereignung der Kaufsache anböte. Dies könnte er nicht ohne weiteres, d. h. nicht ohne den Willen des Käufers als des derzeitigen Eigentümers. Vgl. die analoge Situation beim Rücktrittsrecht oben A 2b.

[4] Eine Rechtspflicht, die ihn zur Anfechtung zwänge, trifft ihn als nurberechtigten Beschenkten nicht. Auch § 826 BGB. ist unanwendbar, da Ausübung eines Rechts (des Bestätigungsrechts) ohne Schikane nicht gegen die guten Sitten verstößt.

[5] Damit harmoniert es auch, daß nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift das Aufrechnungsrecht nicht vom Urschuldner auf den Neuschuldner übergeht.

[6] Diesen Satz verdanke ich einer Bemerkung von befreundeter Seite. Vgl. auch HGB. § 129 Abs. 2. 3.

[7] Also unpraktisch.

führen zu dem Ergebnis, daß das Anfechtungsrecht auf einen Dritten nur übergehen (oder übertragen werden) kann, wenn dieser in die Gesamtposition des Anfechtungsberechtigten durch Abtretung der Kaufgeldforderung und Übernahme der Warenschuld sukzediert.

2d. Der anfechtbare zweiseitige Vertrag (Kauf) ist sowohl von der anfechtungsberechtigten Partei (z. B. Verkäufer) als auch vom Gegner (Käufer) erfüllt. Eine Übertragung des Anfechtungsrechts läßt sich hier, entsprechend dem zuvor Bemerkten, nur verwirklichen durch Abtretung der künftigen Kondiktion des Verkäufers gegen den Käufer und hinzutretende Übernahme der künftigen Kondiktionsschuld des Verkäufers gegenüber dem Käufer[1]. —

Zusammenfassend läßt sich also sagen, daß (zunächst bei der Sondernachfolge in Schuldverhältnisse) das Anfechtungsrecht nicht übergeht, wenn seine Ausübung auch die Rechtssphäre des Rechtsvorgängers berühren würde, dagegen übergeht, wenn sich die Anfechtungswirkungen in den Grenzen der eignen Rechtssphäre des Sukzessors halten. Dasselbe Prinzip gilt auch außerhalb des Schuldrechts.

Demgemäß geht das Anfechtungsrecht bezüglich einer dinglichen Belastung stets auf den Erwerber der Sache über; das Anfechtungsrecht ist hier subjektiv-dingliches Recht.

Ist eine Mobiliarübereignung anfechtbar, so kann das Anfechtungsrecht abgetreten werden, wenn sich mit seiner Abtretung die Einigung über den Eigentumsübergang und als Übergabesurrogat die Abtretung des (künftigen, aber kraft der Rückwirkung vordatierten) Anspruchs auf Herausgabe der Sache verbindet. — Das Recht, eine Grundstücksübereignung anzufechten, ist wohl unübertragbar.

IV.

Auch in der Lehre vom Untergang der Gestaltungsrechte liegt es mir ferne, den Gegenstand irgendwie erschöpfen zu wollen. Die hauptsächlichsten[2] Untergangsgründe werden sich

---

[1] Also unpraktisch.

[2] Eintritt des Endtermins und der auflösenden Bedingung, ferner Verzeihung, Dispensation und andere Spezialitäten, insbesondere des Familien- und Erbrechts, sowie des Landesrechts mögen auf sich beruhen. Konkurriert das Gestaltungsrecht elektiv mit einem andern Recht (beliebiger Art), so geht durch Ausübung des andern Rechts das Gestaltungsrecht unter, vgl. z. B. § 325 BGB.

unter die Kategorien: Rechtsgeschäft, Verschweigung, Erreichung des Zwecks, äußere Zufälle, bringen lassen.

1. Rechtsgeschäft. Die Ausübung der Gestaltungsrechte erfolgt durch Rechtsgeschäft. Das Ausübungsgeschäft bringt das Gestaltungsrecht[1] zum Erlöschen[2]. Das Gestaltungsrecht ist ein konsumptibles Recht, dessen bestimmungsmäßiger Gebrauch in dem Verbrauch besteht. Von dem normalen Erlöschungsgrunde der Konsumption soll des nähern unten in Abschnitt V die Rede sein. Hier bleibt noch übrig[3], vom Verzichte zu handeln.

Ein generelles Verzichtsgeschäft kennt das BGB. bekanntlich so wenig wie z. B. das gemeine Recht. Für die Gestaltungsrechte ist der Verzicht im BGB. teils geregelt, teils nicht geregelt, sowohl was die Zulässigkeit, als was die anderen Voraussetzungen und die Wirkungen angeht.

Es gibt unverzichtbare Gestaltungs-, speziell Eingriffsrechte[4]. Wohl die meisten Gestaltungsrechte aber unterliegen kraft der Privatautonomie dem Verzicht[5].

Der Verzicht erfolgt bald durch einseitiges, bald durch zweiseitiges Rechtsgeschäft; bald durch formloses, bald durch formelles; bald durch Geschäft unter Lebenden, bald durch Verfügung von Todes wegen, bald durch empfangsbedürftige, bald durch beliebig adressierbare Erklärung.

Die einseitigen Verzichtsgeschäfte[6] sind im Gesetz schon terminologisch merkwürdig reich entwickelt. Durch formlose Bestätigung des Anfechtungsberechtigten inter vivos werden die meisten Anfechtungsrechte[7] zum Untergang gebracht; auf

---

[1] Oder, wenn sich das Gesamtrecht aus Teilrechten zusammensetzt, das Teilrecht.

[2] Die aufhebende Wirkung der (vollen) Ausübung teilen die Gestaltungsrechte mit den Forderungsrechten (Ansprüchen).

[3] Auf die Anfechtung des ein Gestaltungsrecht begründenden Rechtsgeschäfts braucht nicht eingegangen zu werden.

[4] So das sog. Recht auf Nichtigerklärung der Ehe (abgesehen von dem einen Fall der Bestätigbarkeit in § 1325 Abs. 2), das Recht des überlebenden Ehegatten zur Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft, gewisse Kündigungsrechte (z. B. §§ 544, 723 Abs. 3), das Recht auf Wiedererlangung der elterlichen Gewalt usw.; vgl. auch oben S. 217 N. 5. Bei nicht wenigen Gestaltungsrechten liegt die Frage der Verzichtbarkeit zweifelhaft. — Auf das Ausschließungsrecht wegen vorsätzlicher Verletzung wesentlicher Vertragsverpflichtungen können die Gesellschafter nicht im voraus verzichten (arg. § 276 Abs. 2, § 723 Abs. 3).

[5] Auch familienrechtliche Gestaltungsrechte, z. B. das Scheidungsrecht.

[6] Durch die stets ein Gestaltungs- (aufhebendes, nachteiliges Eingriffs-) Recht ausgeübt wird.

[7] So das allgemeine Anfechtungsrecht, das Recht zur Eheanfechtung,

das Recht zur Anfechtung der Ehelichkeit wird verzichtet durch die ebenfalls formlose Anerkennung unter Lebenden oder von Todes wegen. Durch Annahme wird formlos auf das erbrechtliche Ausschlagungsrecht und auf das Recht, die Fortsetzung der Gütergemeinschaft abzulehnen, verzichtet; durch Ablehnung auf das Recht aus der Offerte; durch einseitige Aufgabe und Löschung auf das dingliche Vorkaufsrecht usw.

Wo das Gesetz einseitige Verzichtsrechte nicht verleiht, ist die Frage, auf welchem Wege der Verzicht auf Gestaltungsrechte zu erfolgen habe, meistens im Gesetze nicht geregelt. Da die Theorie einseitigen Verzicht u. a. wegen der relativen Geschlossenheit der Zahl der Gestaltungsrechte nur zulassen darf, wo ihn das Gesetz oder die Analogie zuläßt, so bleibt für die offenen Fälle nur der Verzichtsvertrag übrig. Auf das Aufrechnungsrecht kann nur verzichtet werden durch pactum de non compensando, auf andere unselbständige Gestaltungsrechte des Schuldrechts, wie Kündigungsrecht und[1] Rücktrittsrecht, ebenfalls nicht anders als durch Vertrag, da nach dem Gesetz zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses regelmäßig ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich ist. Auch selbständige Gestaltungsrechte des Schuldrechts, wie Vorkaufs- und Wiederkaufsrecht, Widerrufsrecht des Schenkers, erlöschen nur durch Aufhebungsvertrag. Dasselbe wird bezüglich des im ius tollendi enthaltenen Aneignungsrechts zu gelten haben. Wird auf verzichtbare Gestaltungsrechte des ehelichen Güterrechts verzichtet (Aufhebungs- und Wiederherstellungsrechte), so muß die Form des Ehevertrags gewahrt werden[2].

Auch der vertragsmäßige Verzicht ist niemals Erlaß. Übrigens wird gleich dem Erlaß den Verzichtsakten, welche Gestaltungsrechte vernichten, abstrakter Charakter zukommen.

2. Verschweigung. Gestaltungsrechte sind keine Ansprüche; sie unterliegen also nicht der Verjährung. Ihre allzu lange Dauer kann aber zu Mißständen führen, und so wird auch bei ihnen der abschwächenden Kraft der Zeit in Verbindung mit der Untätigkeit des Berechtigten Bedeutung bei-

---

das Recht zur Anfechtung des Erbvertrags. Ferner das sog. Recht auf Nichtigerklärung der Ehe in dem Ausnahmefall des § 1325 Abs. 2. — Für den Verzicht auf die Anfechtung des Erbschaftserwerbes wegen Erbunwürdigkeit verlangt Planck einen Vertrag.

[1] Unter Umständen.

[2] Ein Verzicht auf das Recht zur Herstellung des einen Güterstandes (Verwaltungsgemeinschaft) kann auch in der Vereinbarung eines andern Güterstandes (allgemeine Gütergemeinschaft) liegen.

gelegt. Nichtausübung des Gestaltungsrechts innerhalb gewisser Ausschlußfristen führt ipso iure zu seinem Erlöschen. Die Fristen, mit deren Ablauf die Wirkung des Verschweigens eintritt, sind entweder gesetzliche oder vom Gegner des Gestaltungsberechtigten einseitig gesetzte oder vertragsmäßige; gesetzliche Fristen kennt nicht nur das materielle Recht, sondern auch das Prozeßrecht zu Lasten des beklagten Gestaltungsberechtigten.

Die gesetzlichen Präklusivfristen des bürgerlichen Rechts sind teils absolute (mit festem Anfangspunkt), teils relative (mit beweglichem Anfangspunkt).

Manche Eingriffsrechte sind auffälligerweise nicht absolut vom Gesetze befristet[1]; bei andern versteht sich der Mangel einer derartigen Frist[2]. Wo das Gesetz befristet, ist die Länge der Frist verschieden; die längste absolute ist die 30jährige[3]. Die relativen Fristen pflegen kürzer zu sein[4]; der kürzesten relativen Frist unterliegt das allgemeine Anfechtungsrecht wegen Irrtums[5].

Wo gesetzliche Ausschlußfristen fehlen und auch nicht die etwa vertragsmäßig mögliche Befristung[6] erfolgt ist, treten vielfach vom Gegner des Gestaltungsberechtigten durch einseitiges Rechtsgeschäft gesetzte Fristen in die Lücke[7]. Das Fristsetzungsrecht des Gegners steht in der Reihe der Gestaltungsrechte, durch die das fremde Recht eine Änderung erleidet; die Änderung besteht hier zunächst darin, daß das fremde Gestaltungsrecht mit der Last der fristgerechten Ausübung behaftet wird.

Die gesetzlichen Ausübungsfristen, auch die relativen, haben meist eine verhältnismäßig noch recht ausgiebige Dauer, so z. B. die relative Frist für die Anfechtung wegen Täuschung die Dauer eines Jahres. Soll nun der Betrogene, der z. B.

[1] So das Eheanfechtungsrecht.
[2] So bei dem Recht auf Ehenichtigkeitserklärung.
[3] BGB. § 121 Abs. 2, § 124 Abs. 3, § 1954 Abs. 4, § 2082 Abs. 3. Zehnjährige absolute Frist § 1571 Abs. 1, dreijährige § 503 usw.
[4] Ein Jahr z. B. für die allgemeine Anfechtung wegen Täuschung und Drohung, die Ehelichkeitsanfechtung, die Anfechtung letztwilliger Verfügungen, des Erbvertrags, des Erbschaftserwerbes wegen Unwürdigkeit; 6 Monate bei der Eheanfechtung; 6 Wochen bezw. 6 Monate bei der Anfechtung der Erbschaftsannahme und -ausschlagung, bei der Erbschaftsausschlagung; 2 Monate bezw. 1 Woche beim Vorkaufsrecht usw.
[5] Vgl. das Recht zur Offertenannahme.
[6] Wie beim Rücktrittsrecht, Wiederkaufsrecht.
[7] So beim Wahlrecht des Gläubigers, beim Rücktrittsrecht, beim Recht der Ablehnung der Quasiofferte des Schenkers usw.

einen Grundstückskauf anfechten kann, ein Jahr lang auf Kosten des Betrügers spekulieren dürfen? Da das BGB. dem Betrüger das Fristsetzungsrecht versagt, so scheint es fast, als ob die Rechtsordnung in der Tat dem Betrogenen den ungeheuerlichen Spekulationsvorteil einräumte, gerade als solite das Privatrecht dem Strafzwecke dienen. Hier springt das Prozeßrecht in die Lücke[1]. Für die Vollstreckungsgegenklage bestimmt bekanntlich die ZPO.: „(Einwendungen) sind nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, in welcher Einwendungen in Gemäßheit der Bestimmungen dieses Gesetzes spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind ...“ Auf die Kenntnis des Beklagten von ihrer Entstehung kommt für den Präklusionseffekt nichts an. Daß der gestaltungsberechtigte Beklagte eine präkludierte „Einwendung“ gehabt hätte, nehmen für das Anfechtungsrecht, soviel ich sehe, alle an, für das Aufrechnungsrecht manche[2], für das Rücktrittsrecht Schollmeyer und Hellwig, für den die causa ex tunc vernichtenden Widerruf Abraham. Man wird im allgemeinen denjenigen, der eine Einwendung[3] ohne weiteres durch Prozeßhandlung zu gestalten vermag, ebenso behandeln müssen, wie denjenigen, der eine Einwendung hat. Wer durch Prozeßhandlung eine Einwendung gestalten konnte, ist ebenso präkludiert, wie der, dem eine vorhandene Einwendung durch Prozeßhandlung geltend zu machen möglich war. Des nähern sind die einschlägigen Fragen untersucht in einer (guten) Berliner Dissertation von Abraham 1902.

3. Erreichung des Zwecks. Das Gestaltungsrecht ist ein Zweckrecht wie die Obligation. Wird sein Zweck, d. h. die Rechtsgestaltung, auf andre Weise als durch Ausübung des Gestaltungsrechts, erreicht, so geht das Zweckrecht unter.

Nicht immer kann das Ziel des Gestaltungsrechts auf anderm Wege als durch Ausübung des Rechts erreicht werden. Die anderweitige Herbeiführung des identischen Rechtserfolgs durch Rechtsgeschäft der Beteiligten ist einmal regel-

[1] Falls nicht die lange Prozeßdauer den klägerischen Vorteil illusorisch macht.

[2] Seuffert, Gaupp-Stein, Wach, auch Hellwig (allerdings auf Grund seiner hier nicht akzeptierten Theorie vom Einrederecht). A. M. die meisten, mit dem formalistischen Argument, daß erst aus der Aufrechnungserklärung die Einwendung entstehe.

[3] Im Sinne des BGB.

mäßig da ausgeschlossen[1], wo die Gestaltung rückwirkende Kraft hat[2], ferner in allen Fällen des unabwendbaren Gestaltungsurteils[3], endlich[4] bei den Zugriffsrechten.

Gegenüber dem großen Rest der Gestaltungsrechte kann der Ausübung des Rechts[5] zuvorgekommen werden, sei es durch einseitige Handlung des Gegners[6], sei es durch Vertrag zwischen den Parteien[7]. In aller Regel ist die Abwendung der Gestaltung, die Handlung des Gegners bezw. seine Mitwirkung beim Vertragsschluß nicht Inhalt eines Anspruchs, nicht in obligatione, sondern lediglich, wenn man so sagen darf, in formatione. In einem ganz besondern und sehr umstrittenen Ausnahmefall scheint die Abwendung einer Gestaltung in obligatione zu sein[8].

Solche Vorerreichung des Zwecks des Gestaltungsrechts ist da, wo die Gestaltung den Doppeltatbestand von Gestaltungsgeschäft und Gestaltungsurteil voraussetzt, noch möglich ein-

---

[1] Ausnahme: dem Gegner steht zufällig ein Gestaltungsrecht zu, dessen Ausübung zurückwirkt (z. B. der Erbunwürdige hat noch das Ausschlagungsrecht).

[2] So bei der Anfechtung, bei der Ausschlagung der Erbschaft und des Vermächtnisses.

[3] So bei der Ehescheidung und Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, bei der Ehe- und Ehelichkeitsanfechtung, bei der Nichtigkeitserklärung der nichtigen Ehe, bei der Erbunwürdigkeitserklärung, bei der Wiedererlangung der Geschäftsfähigkeit.

[4] Ohne Garantie für Vollständigkeit.

[5] Auch der Gestaltungsklage und dem solchenfalls abwendbaren Gestaltungsurteil (vgl. unten).

[6] So beim Recht auf Ersetzung von Einwilligungen u. dgl. durch Erteilung der Einwilligung, beim Recht auf Abgabe einer Willenserklärung (s. unten) durch Abgabe derselben. Vgl. N. 1.

[7] So beim Recht der Frau zur Aufhebung der Verwaltungsgemeinschaft durch einen die Gütertrennung einführenden Ehevertrag, beim Recht des Mannes zur Wiederherstellung der Verwaltungsgemeinschaft durch einen letztere begründenden Ehevertrag, beim Recht zur Herabsetzung der Leistung durch Vereinbarung eines Teilerlasses, beim Recht zur Bestimmung über die Art der Leistung durch Vertrag über die Leistungsart, beim Recht des Gesellschafters auf Auflösung der (offenen Handels-) Gesellschaft durch vertragsmäßige Dissoziation, beim Recht zur Ausschließung eines Gesellschafters durch vertragsmäßiges Ausscheiden, beim Rücktrittsrecht durch restitutive Verträge.

[8] Wenn die Abgabe einer Willenserklärung geschuldet wird. Wie hier die Verpflichtung infolge anderweitiger Erreichung des Obligationszweckes untergeht, wenn das zur Abgabe verurteilende Erkenntnis vor der Abgabe die Rechtskraft erlangt hat usw., so geht umgekehrt das Gestaltungsrecht unter, wenn die Gestaltung durch Abgabe der Willenserklärung abgewendet worden ist. Das Urteil scheint mir nicht Vollstreckungsakt, sondern Gestaltungsakt zu sein; die Klage auf Abgabe ist zunächst Verurteilungsklage, aber zugleich eventuelle Gestaltungsklage, Hölder, Über das Klagrecht 1903 S. 33.

mal in der Revisionsinstanz, sodann in dem Zeitraum zwischen Erlaß[1] und Rechtskraft des Gestaltungsurteils. Im Zeitpunkt seines (möglichst zu vermeidenden) Erlasses findet das Gestaltungsurteil des Revisionsgerichts, im Zeitpunkt seiner Rechtskraft findet das vom Gericht erster oder zweiter Instanz erlassene Gestaltungsurteil seine Wirkungsvoraussetzungen nicht mehr vor. Das Urteil ist nicht bloß überflüssig, sondern gegenstandslos[2].

4. Äußere Zufälle. Von diesen verdienen Erwähnung der Tod des Gestaltungsberechtigten bei Unvererblichkeit des Rechts[3], die nachträgliche Unmöglichkeit der Gestaltung und die Konfusion.

Kann das Zweckrecht seinen Zweck deshalb nicht mehr erreichen, weil die Gestaltung unmöglich geworden ist, so fällt das (noch nicht[4] ausgeübte) Gestaltungsrecht in sich zusammen. So erlischt das Scheidungsrecht, wenn der andre Ehegatte gestorben oder wenn die Ehe für nichtig erklärt ist; das Scheidungsurteil, das jetzt (z. B. nach dem Tode der Gegenpartei) ergeht oder[5] die Rechtskraft beschreitet, ist wirkungslos, weil ein Eheband, das bereits vollkommen gelöst ist, nicht noch einmal ex nunc gelöst werden kann. So wird das Ehebestätigungsrecht gegenstandslos, wenn die vernichtbare oder anfechtbare Ehe für nichtig erklärt oder aufgelöst ist. So besteht das Aufrechnungsrecht nicht mehr, wenn die eine der sich gegenüberstehenden Forderungen untergegangen ist. So ist das Ausschließungsrecht gegenüber dem Gesellschafter gegenstandslos geworden, wenn die Gesellschaft ihr Ende erreicht hat. So werden Vorkaufs-, Wiederkaufsrecht und Aneignungsrechte erlöschen, wenn die Sache infolge eines vom Gegner nicht zu vertretenden Umstandes[6] untergegangen ist.

Die Konfusion ist in unserer Lehre zu denken als Vereinigung von Gestaltungsrecht und Gestaltungsgegnerschaft. Beerbt z. B.[7] der Gestaltungsberechtigte (der obligatorisch

[1] Genauer: letzter Tatsachenverhandlung.

[2] Vgl. unten Abschnitt V Ziff. 4.

[3] Vgl. oben Abschnitt III S. 220.

[4] Oder noch nicht vollkommen (durch Erzielung des etwa erforderlichen staatlichen Gestaltungsaktes).

[5] Falls dies nach Erlöschen des Prozeßrechtsverhältnisses noch möglich sein sollte.

[6] Ob im umgekehrten Falle ein Ersatzanspruch, und welcher, übrig bleibt, soll hier nicht geprüft werden.

[7] Auf Vereinigung infolge von Singularsukzession gehe ich nicht ein; auch nicht auf § 2175.

Vorkaufs-, der Wiederkaufs-, der Anfechtungsberechtigte) den Gegner oder umgekehrt, so erlischt zunächst das Gestaltungsrecht; der Berechtigte kann es nicht sich selbst gegenüber ausüben. Kommt es aber zur Separation[1] des Nachlasses[2], so lebt das Gestaltungsrecht mit rückwirkender Kraft[3] wieder auf. Dies muß wahr sein, obgleich es nicht im BGB. steht. Da die Gestaltungsrechte dem theoretischen Denken der Gesetzverfasser fremd waren, so waren sie in Gefahr, übersehen zu werden. Sie sind übersehen worden, wo im Gesetz von der Wiederaufhebung der Konfusionswirkung die Rede ist. Durchweg wird hier nur aufgezählt die „Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung", dagegen nicht die Vereinigung von (Gestaltungs-) Recht und Gestaltungsgegnerschaft. Da aber ohne allen Zweifel mit dem Separationsgedanken voller Ernst gemacht werden muß, so ist die analoge Anwendung der die Konfusionswirkung beseitigenden Sätze auf unsern Konfusionsfall unabweisbar. — Wo die Wiederaufhebung der Vereinigung in vollem Umfang stattfindet[4], berührt sie auch die Rechtsposition Dritter. Dies läßt sich für die Vereinigung von Gestaltungsrecht und Gestaltungsgegnerschaft an Fällen wie dem folgenden zeigen. Ein Eigentümer ist von einem andern zur Übereignung gezwungen worden; von dem andern hat die erpreßte Sache ein Dritter in Kenntnis der Erpressung durch unanfechtbares Rechtsgeschäft erworben[5]. Beerbt der anfechtungsberechtigte frühere Eigentümer den andern[6], so ist zunächst der bösgläubige Dritterwerber gedeckt, weil dem Anfechtungsberechtigten der Gegner fehlt. Wird der Nachlaß zum Sondervermögen (z. B. durch Anordnung der Nachlaßverwaltung)[7], so resolviert sich

---

[1] Ähnliches gilt bei Erbunwürdigkeitserklärung.

[2] Durch Anordnung der Nachlaßverwaltung, Eröffnung des Nachlaßkonkurses, bei Geltendmachung der Insuffizienzeinrede, beim Eintritt der Nacherbfolge, beim Erbschaftskauf.

[3] In verschiedenem Umfang. Die hier schlummernden Fragen bedürfen für das Gestaltungsrecht noch der Herausarbeitung.

[4] Z. B. bei Anordnung der Nachlaßverwaltung.

[5] Ficht der frühere Eigentümer bei Lebzeiten des andern diesem gegenüber die Übereignung an, so kann er die Sache von dem bösgläubigen Erwerber vindizieren.

[6] Beerbt der frühere Eigentümer nach geschehener Anfechtung (nach Wiedererlangung des Eigentums; s. vorige Note) den Erpresser, so wird nunmehr die Übereignung an den Dritten wirksam, wenn der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet.

[7] Im Parallelfall (s. vorige Note) wird damit die Übereignung unwirksam.

die Vereinigung; der wieder Anfechtungsberechtigte hat in der Person des Nachlaßverwalters einen Anfechtungsgegner, in dem selbständigen Sondervermögen einen Gestaltungsgegner gewonnen, kann diesem gegenüber anfechten und damit sein früheres Eigentum mit Wirkung gegen den bösgläubigen Dritten zurückerwerben.

V.

Das Gestaltungsrecht ist das Recht, durch einseitige Willenserklärung eine rechtliche Wirkung herbeizuführen. Wo die Willenserklärung nicht Volltatbestand ist, muß ein ergänzender Tatbestand, insbesondere ein Staatsakt, wie z. B. das rechtskräftige Urteil, hinzukommen. Die Lehre von der Ausübung des Gestaltungsrechts bewegt sich sonach immer auf privatrechtlichem, zum Teil auch auf öffentlich-rechtlichem Boden. Die konsumierende Seite der Ausübung[1] ist schon oben berührt worden.

1. Ausübungssubjekt ist der Gestaltungsberechtigte und wer ihm gleichsteht[2]. Übt jemand das Gestaltungsrecht aus, ohne Gestaltungsrecht oder Gestaltungsmacht zu haben, so tritt die Gestaltung nicht ein. Der Eigentumserwerb z. B. bleibt aus, wenn der Wilderer okkupiert, wenn ein Anderer als der Wegnahmeberechtigte sich die Einrichtung aneignet.

Stehen mehrere Berechtigte nebeneinander, so ist möglich Teilung des Gestaltungsrechts oder Solidarberechtigung oder Berechtigung zur gesamten Hand. Die Art der Mitberechtigung wird sich bei den unselbständigen und sekundären Gestaltungsrechten zunächst nach der Art der Mitberechtigung an demjenigen Rechtsverhältnis bestimmen, zu dem das Gestaltungsrecht in Beziehung steht. Ist der geschäftsführende Gesellschafter oder der Ehemann als Haupt der allgemeinen Gütergemeinschaft betrogen worden, so steht das erworbene Anfechtungsrecht den Gesamthändern gemeinschaftlich zu. Ist eine in schlichtem Miteigentum stehende Sache dem einen Miteigentümer, der zugleich Bevollmächtigter des andern war, aberpreßt worden, so steht das Anfechtungsrecht jedem Mit-

---

[1] Die Vollausübung ist stets unwiderruflich; sie kann aber anfechtbar sein (vgl. unten), wie auch sonst zugleich mit der Konsumption des einen ein andres Gestaltungsrecht begründet werden kann (das Scheidungsrecht mit der Ausübung des Rechts zur Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft). Widerruflich ist die pendente Ausübung im Prozeß.

[2] Sein Vertreter, oder wer Verfügungsrecht oder Verfügungsmacht (wie der Pseudogläubiger aus § 409 BGB.) über das Gestaltungsrecht hat.

eigentümer für seinen Anteil selbständig zu. — Die ursprüngliche Alleinberechtigung kann sich in Mitberechtigung verwandein durch Übergang an mehrere Rechtsnachfolger, auch durch Teil-Sondernachfolge.

Für einzelne Fälle der Gestaltungsberechtigung mehrerer hat das BGB. besondere Ausübungsvorschriften gegeben. Steht das Rücktrittsrecht, das Wiederkaufsrecht, das Vorkaufsrecht mehreren gemeinschaftlich zu, so kann das Eingriffsrecht nur von allen zur gesamten Hand (nur „im ganzen") ausgeübt werden. Erlischt das Recht für einen der Berechtigten, so soll das Rücktrittsrecht auch für die übrigen erlöschen, während das Wieder- und das Vorkaufsrecht solchenfalls den Mitberechtigten anwachsen. Übt ein Berechtigter sein Recht nicht aus, so bleibt das Rücktrittsrecht unausgeübt, während beim Wieder- und beim Vorkaufsrecht auch in diesem Fall Akkreszenz eintritt[1].

2. Ausübungspflicht. Regelmäßig steht es im Belieben des Berechtigten, ob er von seinem Gestaltungsrecht Gebrauch machen will oder nicht. Eine Pflicht zur Ausübung kann durch Vertrag übernommen oder im Gesetz begründet sein.

Der Verpflichtungsvertrag ist natürlich nur gültig innerhalb der gesetzlichen Schranken. Demgemäß kann sich der Ehegatte nicht verpflichten, sein Scheidungs- oder Anfechtungsrecht auszuüben. Wohl aber ist der Verkäufer, der die ihm aberpreßte Sache verkauft hat, zum Gebrauch seines Anfechtungsrechts verpflichtet[2].

Kraft Gesetzes besteht eine privatrechtliche Ausübungspflicht für den in fortgesetzter Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten, der im Wiederverheiratungsfall unter Umständen von seinem Eingriffsrecht zur Aufhebung der Gütergemeinschaft Gebrauch machen muß, eine öffentlichrechtliche Ausübungspflicht für den Staatsanwalt, dem die Erhebung der Ehenichtigkeitsklage obliegt.

3. Ausübungsmittel. Die Ausübung aller Gestaltungsrechte erfolgt begriffsnotwendig durch einseitiges Rechtsgeschäft. Dieses Geschäft ist immer Verfügungsgeschäft und immer

---

[1] Die Frage der Kollision und der Konkurrenz mehrerer Gestaltungsrechte will ich unberührt lassen, ebenso den Einfluß des ehelichen Güterrechts auf die Ausübung der Gestaltungsrechte.

[2] Auch eine Verpflichtung zur Nichtausübung von Gestaltungsrechten kann durch Vertrag übernommen werden.

privatrechtliches Rechtsgeschäft. Das materielle Rechtsgeschäft, das der Ausübung des materiellen Gestaltungsrechts dient, fehlt auch da nicht, wo es sich mit der Klagerhebung verbindet bezw. verbinden muß, auch da nicht, wo es scheinbar hinter der Klagerhebung oder dem Gestaltungsurteil verschwindet. Näheres unten Ziffer 4.

Das Gestaltungsgeschäft ist regelmäßig formlos, in Ausnahmefällen formalisiert. So namentlich, wo die Form der Klagerhebung für das Gestaltungsgeschäft vorgeschrieben ist[1].[2]

Die gestaltende einseitige Willenserklärung ist in der weitaus überwiegenden Zahl der Fälle empfangsbedürftig, meist privatempfangsbedürftig, selten amtsempfangsbedürftig[3]. Beispiele nichtempfangsbedürftiger Gestaltungserklärungen sind die Substitution beim Vertrag zugunsten Dritter durch Verfügung von Todes wegen, die Anerkennung des Kindes bei anfechtbarer Ehelichkeit und die in der Aneignung liegende Willensäußerung.

Gewöhnlich genügt für das Gestaltungsgeschäft die bloße Willensäußerung. Willensbetätigung, also ein sogenannter Real- oder Naturalakt, wird bei der Ausübung der Aneignungsrechte gefordert.

Das Gestaltungsgeschäft läßt prinzipiell Vertretung im Willen und in der Erklärung zu. An den häufigen Ausschluß der Stellvertretung im Familien- und Erbrecht, der gerade auch die Gestaltungen trifft, soll nur erinnert werden.

Wo das gestaltende Rechtsgeschäft Volltatbestand ist, soll es die Gestaltung fast immer sofort herbeiführen. Demgemäß sind die Bedingung und die Befristung für viele Gestaltungsgeschäfte gesetzlich ausgeschlossen, so für die Aufrechnung, die Anerkennung des Kindes, die Annahme und Ausschlagung der Erbschaft und des Vermächtnisses, die Annahme

---

[1] Z. B. bei gewissen Rechten zur Leistungsherabsetzung; bei dem Recht zur Auflösung der Gesellschaft, zur Ausschließung eines Gesellschafters und zur Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und der Vertretungsmacht, falls die Gesellschaft eine offene Handelsgesellschaft (und nicht eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts) ist; bei dem Ehescheidungsrecht; bei den Rechten zur Aufhebung und Wiederherstellung des ehelichen Güterstandes; bei dem Recht zur Anfechtung des Erbschaftserwerbs wegen Erbunwürdigkeit; bei den Rechten zur Ehe- bezw. Ehelichkeitsanfechtung unter gewissen Voraussetzungen.

[2] In öffentlich beglaubigter Form ist die Erklärung der Eheanfechtung nach dem Tode des passiv legitimierten Gatten und der Ehelichkeitsanfechtung nach dem Tode des Kindes abzugeben.

[3] Die in der vorigen Note erwähnten Anfechtungen, ebenso die Anfechtung letztwilliger Verfügungen sind an das Nachlaßgericht zu adressieren.

und Ablehnung des Testamentsvollstreckeramtes. Und auch wenn das Gesetz vom Ausschluß der Nebenbestimmungen schweigt, folgt doch häufig die Unzulässigkeit der Bedingung oder Befristung aus der Natur des Gestaltungsgeschäfts, so bei der Kündigung und dem Rücktritt.

Das Gestaltungsgeschäft kann, trotzdem die Gültigkeitserfordernisse vorliegen, wegen Mangels der Wirkungsvoraussetzungen unwirksam sein[1].

4. Gestaltung durch Doppeltatbestand (Rechtsgeschäft und Staatsakt) insbesondere. Wo zur wirksamen Gestaltung das private Rechtsgeschäft für sich allein nicht genügt, sinkt das Rechtsgeschäft zum bloßen Teiltatbestand herab, ohne seine Funktion als Ausübungsmittel des Gestaltungsrechts zu verlieren. Zu dem Rechtsgeschäfte muß ein Staatsakt hinzukommen, insbesondere das rechtskräftige Gestaltungsurteil[2]. Auch der hinzukommende Staatsakt ist immer bloßer Teiltatbestand[3]; nur das Zusammentreffen von Gestaltungsgeschäft[4] und staatlichem Gestaltungsakt[5] führt die Gestaltung herbei. Letzteres ist für die Hauptmasse der einschlagenden Erscheinungen bestritten[6]. Die Kontroverse ist, wie sich zeigen wird, von großer praktischer Tragweite.

Soweit die Gestaltung an ein Urteil anknüpft, ist fast unbestritten[7] nur, daß die Anfechtung der Ehe, der Ehelichkeit und der Ehelichkeitsanerkennung privatrechtliches Anfechtungsgeschäft ist, auch wenn die Anfechtung durch Klagerhebung[8] erfolgt. Dasselbe gilt für die stets auf den Klageweg gewiesene Anfechtung des Erbschaftserwerbs[9] wegen Erbunwürdigkeit[10].

[1] Vgl. z. B. BGB. §§ 174, 357, 359, 410, 554 Abs. 2.

[2] Oder ein Vollstreckungsakt (z. B. Konkurseröffnung) oder ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit (z. B. der eine Einwilligung ersetzende, der die Bestimmung über den Unterhalt ändernde Beschluß).

[3] Nur in pathologischen Fällen ist er für sich allein wirksam, soweit sich die heilende Kraft des Urteils äußert.

[4] Oder dessen, was ihm gleichsteht (objektiv unrichtige rechtskräftige Feststellung des Gestaltungsrechts und seiner gültigen Ausübung).

[5] Beim Gestaltungsurteil insbesondere knüpft die Rechtsordnung die Gestaltung nicht allein an das Urteil des Gerichts.

[6] Zuletzt von Kisch, Beiträge zur Urteilslehre 1903 (Vorwort vom 1. Mai, erst nach dem hier zugrunde liegenden Vortrag erschienen).

[7] And. Mein. Kohler.

[8] Nicht durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht.

[9] Dagegen wird der Erwerb des Vermächtnis- und Pflichtteilsanspruchs durch einfaches Rechtsgeschäft wegen Unwürdigkeit angefochten.

[10] Streitausschließend hat hier der Wortlaut des Gesetzes und die Theorie der Materialien gewirkt.

Bestritten sind alle anderen Fälle, in denen es zu einem Gestaltungsurteil[1] kommt. Hier soll nach der Gegenansicht für den Rechtserfolg das konstitutive Urteil die alleinige Ursache, „der entscheidende", „der eigentlich maßgebende, wirkende Faktor" sein. Der Wille des Klägers bilde zwar die Bedingung für den Eintritt der Rechtsfolgen, aber in keinem andern Sinn, als die Erhebung der Klage usw. eine Bedingung des Urteils ist. Der Klage komme nur prozessuale, nicht zivilrechtliche Bedeutung zu; sie enthalte nicht etwa einen zivilrechtlichen Akt, der die eigentliche Ursache der Rechtsänderung wäre.

Die Begründung dieser These leuchtet nicht ein. Sie beschränkt sich im wesentlichen auf den Gedanken, die Klage vermöge den vom Kläger erstrebten Erfolg nicht für sich allein, nicht unmittelbar herbeizuführen. Isolierte und direkte Wirkung ist aber durchaus kein notwendiges Begriffsmerkmal des privatrechtlichen Rechtsgeschäfts; sonst müßten z. B. die Auflassung, weil nicht an sie, sondern an die Eintragung der Übereignungserfolg geknüpft ist, und der Adoptionsvertrag, weil nicht mit ihm, sondern mit der gerichtlichen

[1] Im Sinne der herrschenden, insbesondere von Hellwig vertretenen und meines Erachtens richtigen Lehre. Die Gestaltungsurteile, d. h. die zur Gestaltung einer konkreten materiellen Rechtsbeziehung miterforderlichen, die privatrechtliche Wirkung unmittelbar herbeiführenden Urteile, halte ich nach wie vor für eine einheitliche Kategorie. Kisch in seinem an anregenden und förderlichen Ausführungen reichen Buche will die drei koordinierten Gruppen der konstitutiven, der auslösenden und der festsetzenden Urteile bilden, wozu noch das Urteil des § 1612 Abs. 1 BGB. kommen soll. Die sog. auslösenden und die sog. festsetzenden Urteile dürften immer noch als bloße Unterarten der gestaltenden Urteile zu betrachten sein, die alle Merkmale des Gestaltungsurteils (und außerdem ihre Sondermerkmale, z. B. die rückwirkende Kraft) an sich tragen. Die Verteidigung dieses Satzes müsste z. B. auf das Wesen des matrimonium nullum tiefer eingehen, als hier geschehen kann (unerwünschte Rechtsfolgen sind noch lange nicht „reine Truggebilde" von bloß „scheinbarer Existenz", die nun doch wieder als „tatsächlich" vorhanden fingiert würden; auch die Heilbarkeit und die Auflösung der nichtigen Ehe fallen ins Gewicht). Das Urteil des § 1612 Abs. 1 ist meines Erachtens ebenfalls Gestaltungsurteil (im Sinn der herrschenden Lehre ausgedrückt: sich selbst vollstreckendes Leistungsurteil); der Unterhaltspflichtige hat einen Anspruch gegen den Unterhaltsberechtigten darauf, daß letzterer auf Verlangen des ersteren sich damit einverstanden erkläre, dem Unterhaltspflichtigen die Befugnis (facultas alternativa) zur Naturalerfüllung zu verschaffen. Der Unterhaltspflichtige hat also einen Anspruch auf eine Willenserklärung, und zwar auf Begründung eines (zweiten) Solutions-Gestaltungsrechts. Der Geldanspruch des Unterhaltsberechtigten wird damit nicht ausgeschlossen (anders Kisch); richterliche Mitwirkung zur Begründung des Gestaltungsrechts ist nicht notwendig (andrer Meinung Kisch).

Bestätigung die Ankindung in Kraft tritt, aus der Liste der privatrechtlichen Rechtsgeschäfte gestrichen werden. Auch die Anfechtungsklagen führen nicht unmittelbar den vollen Vernichtungserfolg herbei, und dennoch enthalten diese Klagen nach allgemeiner Ansicht eine Anfechtung im zivilrechtlichen Sinne.

Demgegenüber halten wir an dem oben (Ziffer 3) aufgestellten Satze fest, daß zur Ausübung des Gestaltungsrechts immer ein privatrechtliches Rechtsgeschäft gehöre. Es wäre doch wunderbar, wenn zur vorzeitigen und fristlosen Kündigung der Gesellschaft, zur Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und der Vertretungsmacht, zur Ausschließung eines Gesellschafters das Privatrechtsgeschäft nach bürgerlichem Recht erforderlich ist, und nach Handelsrecht (bei der offenen Handelsgesellschaft) dieses Erfordernis wegen der Notwendigkeit von Klage und Urteil spurlos verschwände[1]; wenn nach älteren Eherechten, die der Privatautonomie weitern Spielraum ließen, die Scheidung durch privatrechtliches Kündigungsgeschäft erfolgt[2], und nach unserm Recht durch das Scheidungsurteil der Privatakt verschlungen würde; wenn die Aufhebung des ehelichen Güterstandes in dem einen Fall (Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft durch den überlebenden Ehegatten) durch privates Rechtsgeschäft bewirkt wird, und überall sonst das Rechtsgeschäft vom Urteil absorbiert würde. Aus dem Wortlaut der Gesetze darf man nicht argumentieren. Sie verlangen in den vorhin jeweils an zweiter Stelle genannten Fällen die Klagerhebung; und innerhalb dieses Aktes das privatrechtliche und das prozeßrechtliche Moment getrennt zu halten, liegt für die Gesetze keine sehr dringende Veranlassung vor, eine um so dringendere für die Theorie.

Das Urteil tritt niemals unter Verdrängung des Privatakts an dessen Stelle[3], es verbindet sich vielmehr mit ihm zum privatrechtlichen Doppeltatbestande. Mit dem Erfordernis der Klage und des Urteils hat nicht ein privatrechtliches Minus, sondern ein prozeßrechtliches Plus gesetzt werden sollen. Das prozeßrechtliche Plus besteht einmal in der prozessualen Formalisierung des Privatrechtsgeschäfts und sodann in der Not-

---

[1] In HGB. § 133 Abs. 1 enthalten die Worte „ohne Kündigung" eine Ungenauigkeit; gemeint ist Kündigung (durch Klage) ohne Bindung an Zeitpunkt und Frist des § 132.

[2] Vgl. auch das heutige französische Scheidungsrecht.

[3] Ebensowenig die übrigen komplementären Staatsakte.

wendigkeit des Hinzutritts eines Urteils. Privatakt und Urteil sind gleichwertige Mitursachen des Rechtserfolgs.

Die volle Wirkung kann der Doppeltatbestand erst entfalten, wenn seine beiden Glieder in Erscheinung getreten sind. Aus dem richtigen Satze, daß die erstrebten Folgen nicht schon mit dem Privatakt bezw. der Klagerhebung, sondern erst mit dem Gestaltungsurteil[1] eintreten, darf m. E. nicht geradezu der Schluß gezogen werden, daß das privatrechtliche Rechtsgeschäft „materiell noch keine Bedeutung hat"[2]. Das Geschäft ist Ausübungsgeschäft, und es hat zwar nicht den Ausübungserfolg, aber etwas vom Ausübungserfolg: das Gestaltungsrecht ist pendent ausgeübt, und der Erfolg ist in pendenti[3]. Bei solcher Pendenz ist es durchaus nicht unerklärlich, daß das private Geschäft seine Folgen nicht äußern kann, wenn der Prozeß anders als durch gestaltende Sachentscheidung (also durch Klagzurücknahme, absolutio ab instantia) erledigt wird. Ferner begreift es sich, daß das pendent ausgeübte, also nur pendent konsumierte Gestaltungsrecht noch durch Rechtsgeschäft, Erreichung des Zweckes, Unmöglichkeit der Gestaltung usw. untergehen kann. —

Mit der Vollendung des Staatsakts (z. B. mit der Rechtskraft des Gestaltungsurteils) verwandelt sich die pendente Ausübungswirkung in die definitive. Der Staatsakt in Verbindung mit dem vorangegangenen Privatakt ist gleich dem alleingestaltenden Rechtsgeschäft Gestaltungsakt, aber nicht, wie behauptet worden ist, Vollstreckungsakt[4].

---

[1] Oder dem sonstigen gestaltenden Staatsakt.

[2] So Hellwig, obgleich er in der Klagerhebung die Erklärung der Ausübung des materiellen Rechtes „auf" Rechtsänderung sieht. — Kisch leugnet sogar, daß der vorprozessuale Tatbestand, auf den sich das Gestaltungsurteil stützt (z. B. der Scheidungsgrund), bereits vor dem Prozeß für sich allein eine Modifikation der materiellen Rechtslage hervorgebracht habe. Allerdings besteht die Ehe noch voll zu Recht, aber als scheidbare, anfechtbare usw.; dem einen Gatten steht gegen den andern ein materielles Gestaltungsrecht zu.

[3] Ähnlich, wie er es bei bedingter Gestaltungserklärung wäre. — Analog ist die Rechtslage, wenn die Ausübung eines Gestaltungsrechts, die durch Erklärung außerhalb des Prozesses erfolgen könnte, im Prozeß vor sich geht. Wird z. B. in der Klage gekündigt, vom Beklagten aufgerechnet, angefochten usw., so ist der Erfolg des Ausübungsgeschäfts von der Durchführung oder einer bestimmten Durchführung des Prozesses abhängig, weil der privatrechtliche Erfolg in die schwebende Prozeßsituation hineingezogen wird.

[4] Von einer Vollstreckungsfunktion hat man auch schon bei dem (sich selbst genügenden) privaten Gestaltungsgeschäft gesprochen (so von einer Selbstexekution bei der Aufrechnung), gewiß mit Unrecht. Die

Dem Gestaltungsurteil insbesondere kommt nicht nur die Bedeutung eines Gestaltungsakts zu, sondern auch die eines Feststellungsaktes[1]. Das rechtskräftige Gestaltungsurteil stellt für die Zukunft fest, daß das Gestaltungsrecht des Klägers gegenüber dem Beklagten zur Zeit des Schlusses der letzten Verhandlung, in der tatsächliches mündliches Vorbringen statthaft war, bestanden habe[2] und in jenem Zeitpunkt ein in gültiger Weise pendent ausgeübtes gewesen sei[3]. Nicht festgestellt wird, daß das aufzuhebende oder zu ändernde Rechtsverhältnis im angegebenen Zeitpunkt bestanden habe.

Damit ist reichlich Raum für (anfänglich) unwirksame Gestaltungsurteile. Das Gestaltungsurteil ist ein Schlag ins Wasser einmal (a), wenn das zu gestaltende Rechtsverhältnis entweder (α) niemals bestanden hat[4] oder (β) zur Zeit der Rechtskraft des Urteils nicht mehr besteht (oben IV 4)[5]; sodann (b), wenn zwischen der letzten Tatsachenverhandlung

---

Gestaltungsbeschlüsse der freiwilligen Gerichtsbarkeit und die Ehelichkeitserklärung sind ebenfalls weder vollstreckungsfähig noch vollstreckungsbedürftig.

[1] Nicht andern staatlichen Gestaltungsakten, z. B. nicht der Ehelichkeitserklärung. Zu weit geht der Ausspruch von O. Mayer, Verwaltungsrecht 2, 222: „Der obrigkeitliche Ausspruch, daß etwas sein soll, ob Urteil oder Verwaltungsakt, bestätigt eben dadurch, daß die Voraussetzungen für die Rechtsgültigkeit dieser Wirkung gegeben sind." Vgl. ferner die (unser Thema nicht berührende) Adoption: der Bestätigungsbeschluß ist unwirksam, wenn der rechtsgültige Antrag fehlt, und er „hat nicht den Zweck, etwaige Mängel der" (zum Grunde liegenden) „Rechtsgeschäfte zu heilen" (Rausnitz). — Der Beschluß, der die Pfändung einer angeblichen Forderung ausspricht, pflegt sich selbst zu beschränken.

[2] d. h. zur Entstehung gelangt und nicht untergegangen gewesen sei. Damit wird die Nichtentstehung (z. B. Nichtvorhandensein des Scheidungsgrundes) und der vorher erfolgte Untergang geheilt. — Nicht wird festgestellt, daß das Recht bestehe zur Zeit des Erlasses oder der Rechtskraft des Urteils.

[3] Damit wird die nichtige oder angefochtene (nicht die anfechtbare, s. unten) Ausübung geheilt, z. B. der Mangel der Spezialvollmacht von seiten des klagenden Ehegatten.

[4] Scheidung eines matrimonium non existens; Auflösung einer nichtigen offenen Handelsgesellschaft; Aufhebung des nicht erfolgten Erbschaftserwerbs durch Erbunwürdigkeitserklärung. In diesen Fällen ist die (objektiv unrichtige) Feststellung des Bestandenhabens eines Gestaltungsrechts unschädlich.

[5] Scheidung der durch rechtskräftige Nichtigkeitserklärung vernichteten oder der aufgelösten Ehe; Auflösung der angefochtenen Handelsgesellschaft; Aufhebung des durch Ausschlagung oder Anfechtung bereits rückwärts vernichteten Erbschaftserwerbs; Aufhebung oder Wiederherstellung des Güterstandes nach dem Tod eines Gatten.

und dem Eintritt der Rechtskraft[1] entweder (α) das festgestellte bloß pendent ausgeübte Gestaltungsrecht untergegangen ist (aa) durch Verzicht (oben IV 1)[2], (bb) durch Erreichung des Zweckes (oben IV 3)[3], (cc) durch Verzeihung des Scheidungsgrundes, durch nachträgliche Befreiung vom Hindernis des Ehebruchs usw., oder (β) das (in der Klage enthaltene) Gestaltungsgeschäft angefochten wird.

Die brennende Frage der Unwirksamkeit der Gestaltungsurteile ist in der Literatur wenig behandelt. Daß die Gründe unter lit. a und b α bb die Unwirksamkeit des Urteils zur Folge haben, scheint unbestritten zu sein. Streit herrscht über die oben unter b α aa (Verzicht) und einen der unter b α cc (Verzeihung) aufgeführten Unwirksamkeitsgründe.

Die Motive[4] meinen, es verstehe sich von selbst, daß die erfolgte Genehmigung nur so lange geltend gemacht werden kann, als nach den Grundsätzen der ZPO. überhaupt Tatsachen noch mit Erfolg vorgebracht werden können; wenn durch das Urteil die Ehe für nichtig erklärt sei, könne das Urteil nicht nachträglich deshalb in Frage gestellt werden, weil die Ehe noch vor der Rechtskraft des Urteils genehmigt worden war, dieser Umstand aber in dem Nichtigkeitsprozesse nicht mehr habe geltend gemacht werden können.

Die entgegengesetzte Ansicht[5], die annimmt, daß das Gestaltungsurteil nach Untergang des Gestaltungsrechts zur Zeit der Rechtskraft seine Wirkungsvoraussetzungen nicht mehr vorfinde[6], stützt sich äußerlich auf die Tatsache, daß das BGB. unter Nichtigkeitserklärung, Scheidung usw. die rechtskräftige Gestaltung versteht; innerlich auf den Gedanken, daß das Interesse an der Aufrechterhaltung der Ehe usw. möglichst zu wahren ist, und das materielle Recht nicht unter einer Überschätzung der Feststellungs- und Gestaltungskraft des rechtskräftigen Urteils[7] leiden darf, das Prozeßrecht als Ge-

---

[1] Also auch in der Revisionsinstanz.

[2] Anfechtung des das Gestaltungsrecht begründenden Rechtsgeschäfts kommt hier nicht in Betracht.

[3] Weiteres Beispiel: durch Tod des Vaters in dem gedachten Zeitraum verwandelt sich die anfechtbare (vernichtbare) Ehelichkeit des Kindes in Nichtehelichkeit.

[4] Mot. zu § 1325 BGB.; ebenso Planck, Staudinger.

[5] Vertreten von Buhl (Heidelberger Festgabe für Bekker), Arthur Schmidt und Seckel (Berliner Festgabe für Dernburg).

[6] Ganz ebenso wie beim Unwirksamkeitsgrunde oben a β (ZPO. § 628).

[7] Die Behauptung, Rechtsprechungsmaßregeln als behördliche Akte bestehen trotz etwaiger Unvollständigkeit oder Mangelhaftigkeit zu

bilde sekundären Charakters der Verwirklichung des Privatrechts nach Möglichkeit bei aller Rücksicht auf den Streitbeseitigungszweck zu dienen hat.

Hellwig[1] möchte, wenn das Recht „auf" Rechtsänderung (Ehescheidung) vor der Rechtskraft des Urteils, z. B. während der Revisionsinstanz, durch Verzeihung (oben b α cc) wegfällt, ebenfalls helfen. Den Gedanken der ipso iure gegebenen Unwirksamkeit des Gestaltungsurteils erwägt er nicht[2]. Vielmehr scheint es ihm kaum eine andere Lösung der schwierigen Situation zu geben als die Widerspruchsklage (nach Analogie[3]) des § 767 ZPO. Auch wenn man die Möglichkeit dieser Lösung zugeben würde[4], könnte man über sie nur gemischte Befriedigung empfinden. Hellwig liefert nur ein (obendrein unzulängliches, s. u.) Mittel, um die ‚nicht mehr berechtigte' Ehescheidung zu verhindern; dagegen ist nach ihm die Ehe zwar unberechtigterweise, aber unrettbar geschieden, wenn das Revisionsgericht, wie es nach dem Reichsgericht[5] und Hellwig muß, schleunigst die Revision, trotz Aussöhnung in der Revisionsinstanz, als unbegründet zurückgewiesen hat. Das Problem ist von Hellwig ferner mit bedenklicher Einseitigkeit gelöst, da die Vollstreckungsgegenklage doch stets nur dem „Schuldner", nie dem „Gläubiger" zusteht, dieser also bei etwaiger Renitenz des „Schuldners", der es für gut findet, die Verzeihung zu dissimulieren, wehrlos dastünde und es nicht in der Hand hätte, den Erlaß des unberechtigten Urteils zu hindern[6]. Endlich besteht, wie bei

---

Recht (Kisch), kann in dieser Allgemeinheit nicht als richtig anerkannt werden.

[1] Hellwig, Zivilprozeßrecht 1, 394 N. 10 und in dem nach meinem Vortrag erschienenen Aufsatz in der DJZ. 1903 Nr. 12 vom 15. Juni.

[2] Trotzdem er der unsern Ausführungen zugrunde liegenden Lehre vom Doppeltatbestande nahe steht (Anspruch S. 2. 79. 467).

[3] In der DJZ. wendet Hellwig den § 767 direkt an, von seinem Standpunkt aus mit größerm Recht.

[4] Die Anwendung des § 767 setzt nach der (auch meines Erachtens nicht zu billigenden) Ansicht mancher den Beginn der Vollstreckung, jedenfalls aber einen formell bestehenden Vollstreckungsanspruch (gegen den Staat) voraus; dem Urteil, gegen das sich die Vollstreckungsgegenklage richtet, muß die Eigenschaft der Vollstreckbarkeit mit ihrer ‚vis inertiae' (Kisch) bereits zukommen. Dieses Erfordernis mangelt hier auf alle Fälle; übrigens ist zu bestreiten, daß die Gestaltungsfunktion des Urteils eine spezielle Vollstreckungsfunktion sei (oben S. 242).

[5] RG. Entsch. 44 S. 354 ff.

[6] Will der Scheidungsbeklagte der Versöhnung nicht durch Erhebung der Widerspruchsklage praktische Folge geben, so ist die Situation des

jeder Vollstreckungsgegenklage, eine hohe Präklusionsgefahr, da die Klage noch vor Erlaß des drittinstanzlichen Gestaltungsurteils beim Prozeßgericht erster Instanz erhoben werden muß.

Was unserer Annahme der ipso iure eintretenden Unwirksamkeit des Gestaltungsurteils unter den präzisierten Voraussetzungen entgegenstehen soll, ist nicht einzusehen. Die Feststellungswirkung gewiß nicht; denn sie bezieht sich auf den meistens zurückliegenden Zeitpunkt des Schlusses der letzten Tatsachenverhandlung[1]. In diesem Zeitpunkt sind[2] die Voraussetzungen gegeben, unter denen der Richter, wenn er in letzter Instanz entschiede, den Gestaltungsakt wirksam vornehmen könnte, und wenn er in letzter Instanz in eben jenem Zeitpunkt sofort entscheidet, den Akt wirksam vornehmen kann. Ob jene Voraussetzungen in dem regelmäßig späteren Zeitpunkt des Erlasses oder der Rechtskraft des Urteils noch gegeben sind, ist in jedem Einzelfall eine offene Frage. Der Richter erläßt dann sein Gestaltungsurteil auf die Gefahr hin, dass nicht nur sein Erlaß unberechtigt, sondern seine Wirkung mangels der Wirkungsvoraussetzungen unmöglich ist[3].

Auch die gestaltende Natur des Urteils widerstreitet nicht unserer Annahme, sondern verlangt sie. Das Gestaltungsurteil wirkt entweder definitiv oder gar nicht[4]. Seine defini-

---

Klägers diese: die Klage zurücknehmen kann er nicht (§ 271); Abweisung seiner eigenen Klage beantragen kann er wieder nicht, weil das tatsächliche Vorbringen der Aussöhnung in der Revisionsinstanz unstatthaft sein soll (so Reichsgericht und Hellwig; vgl. unten); auf das Scheidungsrecht verzichten (§ 306) kann er nicht, einmal, weil er sich durch den Verzicht mit seiner eigenen Behauptung des schon durch Verzeihung eingetretenen Untergangs des Kündigungsrechts in Widerspruch setzte, sodann, weil der Verzicht nicht Gegenstand eines Vorbringens in der Revisionsinstanz soll sein können; Zurücknahme der Revision endlich hätte nach der Gegenansicht gerade die Scheidung zur Folge. Der Kläger ist also ohnmächtig.

[1] Die angebliche Unmöglichkeit, die Tatsache des Untergangs des Gestaltungsrechts u. dgl. in der Revisionsinstanz vorzubringen, berührt uns zunächst nicht, da die Parteien an diesem Vorbringen kein entscheidendes Interesse haben.

[2] In den Fällen sub b, nicht sub a (oben S. 243).

[3] Anders beim Feststellungsurteil, da dieses nie Weiteres feststellt, als daß im mehrerwähnten Zeitpunkte das Rechtsverhältnis bestanden habe. Wieder anders bei der Verurteilung, da diese das Recht zur Zwangsvollstreckung bei der hier interessierenden Sachlage zwar formell erzeugt, aber der Vernichtung durch Widerspruchsklage aussetzt.

[4] Im Gegensatz zur Verurteilung, s. vorige Note (vernichtbares Vollstreckungsrecht).

tive Wirkung fordert das Vorliegen seiner sämtlichen Voraussetzungen[1] im Gestaltungsmoment. Ein Gesetz, das trotz Mangels einer von der ratio geforderten Voraussetzung die Gestaltung durch rechtskräftiges Urteil mit definitiver Wirkung eintreten ließe, also ohne ein Mittel zur Beseitigung der Wirkung zu bieten, wäre unsinnig[2]; ein Gesetz, das nur den von Hellwig vorgeschlagenen schmalen Ausweg eröffnete und, wenn er verfehlt wird, die unsinnige Definitivwirkung doch eintreten ließe, verdiente den Vorwurf der weniger als halben Maßregeln. Man darf unserer Rechtsordnung Besseres zutrauen. Nicht nur in dem zufällig vom Gesetz geregelten Falle, daß einer der Ehegatten vor der Rechtskraft des Scheidungs- oder Ehenichtigkeitsurteils stirbt[3], nicht nur in den vom Gesetz nicht geregelten, aber unbestrittenen Fällen[4], sondern auch im Falle des Verzichts, der Verzeihung, der nachträglichen Dispensation[4] usw. erlangt das Gestaltungsurteil keine Wirkung[5].

Da beim Mangel einer seiner Voraussetzungen das Gestaltungsurteil ipso iure wirkungslos ist, so können die Parteien nach Schluß der letzten Tatsachenverhandlung der Sache ihren Lauf lassen, d. h. es ruhig mit ansehen, wie das Urteil beliebiger Instanz erlassen wird und die Rechtskraft erlangt. Die Partei[6] kann aber auch ein übriges tun[7] und, wenn

---

[1] Daß zu diesen Voraussetzungen nicht nur der Bestand des zu gestaltenden Rechtsverhältnisses, sondern auch der Bestand (und die gültige Ausübung) des Gestaltungsrechtes gehört, leugnet auch die von Hellwig vertretene Gegenmeinung nicht; sonst könnte sie nicht nach der Verzeihung die Gestaltung als „zweifellos nicht mehr berechtigt" bezeichnen.

[2] Dagegen hat es einen guten Sinn, durch die Verurteilung ein Vollstreckungsrecht (nicht die Vollstreckung) herbeizuführen; die Gefahr, daß das Vollstreckungsrecht der wahren Rechtslage nicht entspricht, ist gering, und, was hier ins Gewicht fällt, die Gefahr ist wegen des Widerspruchsklagrechts eine entrinnbare.

[3] ZPO. § 628 (neu, gegen verfehlte Entscheidungen des Reichsgerichts gerichtet); vgl. oben S. 243 N. 5.

[4] Oben S. 243 fg.

[5] Bei der Regelung, die das Scheidungsverfahren im französischen Recht gefunden hat, sind die nach deutschem Recht sich ergebenden Schwierigkeiten von Haus aus vermieden, was hier nicht näher ausgeführt werden kann.

[6] Auch der siegreiche Kläger?

[7] Das Übrige ist prozessual nicht überflüssig, weil formell noch das unterinstanzliche Gestaltungsurteil besteht und die Beschreitung des Rechtsmittelweges künftige Feststellungsklage (s. unten) spart.

das Gestaltungsurteil ein erstinstanzliches und noch appellabel ist, Berufung einlegen, um in zweiter Instanz z. B. den Untergang des Gestaltungsrechts oder die Nichtigkeit seiner Ausübung geltend zu machen. Ist das Gestaltungsurteil ein zweitinstanzliches und revisibel, so steht es vielleicht wiederum der Partei frei, Revision einzulegen[1] und in der Revisionsverhandlung geltend zu machen, daß das Gestaltungsrecht seit der letzten Tatsachenverhandlung erloschen sei. Darin liegt allerdings ein neues tatsächliches Vorbringen, aber ein solches, das dem Gericht die undankbare und unsinnige Aufgabe abnimmt, ein unwirksames Gestaltungsurteil zu fällen[2]. Ein derartiges Vorbringen, das den Fluch der Lächerlichkeit vom Staatsorgan abwendet, muß nicht nur nach § 628 ZPO.[3] für den dort erwähnten Fall, sondern auch nach Analogie des § 628 für alle übrigen einschlagenden Fälle noch in der Revisionsinstanz zulässig sein[4].

Die Wirkungslosigkeit des unwirksamen Gestaltungsurteils kann, wenn ein Feststellungsinteresse gegeben ist, im Wege der positiven oder negativen Feststellungsklage geltend gemacht werden. Wird der Schein des unwirksamen Gestaltungsurteils, die in ihm liegende Beweiskraft gegen das in Wirklichkeit nicht umgestaltete Rechtsverhältnis gekehrt, so kann bei angeblicher Aufhebung durch das Urteil Feststellung des Bestehens, bei angeblicher Begründung Feststellung des Nichtbestehens, bei angeblicher Änderung Feststellung des ungeänderten So-Bestehens des Rechtsverhältnisses verlangt werden.

Die Lehre vom Doppeltatbestand (Gestaltungsgeschäft +

---

[1] Das folgende gilt auch für den Fall, daß der Rechtsstreit bereits in der Revisionsinstanz anhängig ist. Eine Präklusionsgefahr besteht für die dritte Instanz wohl nicht?

[2] Fällen zu müssen? Sind die Unwirksamkeitsgründe (vgl. ZPO. § 628) auch von Amts wegen zu beachten? — Als Parallele mag der Prozeßvergleich in der Revisionsinstanz dienen, der sich selbst als neues Tatsachenmaterial zur Gerichtskunde bringt und dem Richter die Aufgabe abnimmt, ein nunmehr überflüssiges Urteil zu erlassen.

[3] Der dem § 561 nicht bloß als lex specialis vorgeht.

[4] Ob in der Revisionsinstanz durchweg (nach einer zweiten Analogie aus § 628) der Rechtsstreit „als erledigt anzusehen“ ist oder nur in den nächstverwandten Fällen (Tod des Entmündigten vor Rechtskraft des die Entmündigung aufhebenden Urteils), wogegen im übrigen Sachentscheidung (Abweisung der Klage) zu ergehen hätte, muß ich den Prozessualisten zu beurteilen überlassen. M. E. ist in letzterem Sinne zu entscheiden.

Gestaltungsstaatsakt) ist unabhängig von der Bejahung oder Verneinung der Frage, ob dem Gestaltungsberechtigten ein Recht (Anspruch) gegen den Staat zusteht, den zur Ergänzung seiner privaten Gestaltungserklärung erforderlichen Staatsakt zu verlangen. Um aber die Konstruktion der Rechtsstellung zu vollenden, in welcher der Gestaltungsberechtigte sich da befindet, wo zur Ausübung seines Rechts der Privatakt nicht ausreicht, ist auf die gestellte Frage in Kürze einzugehen.

Meist hat der Gestaltungsberechtigte neben seinem privaten Gestaltungsrecht ein publizistisches Recht auf den gestaltenden Staatsakt. In Ausnahmefällen entbehrt er das letztere Recht, so bei dem Recht zur Ehelichkeitserklärung und bei dem Recht zur Ausschließung eines Gesellschafters aus der offenen Handelsgesellschaft. Ist der Staatsakt ein Urteil, so ist das (meist neben dem privaten Gestaltungsrecht stehende) publizistische Recht ein sog. Rechtsschutzanspruch, speziell ein Anspruch auf Gestaltungsurteil[1].

Wenn in unseren Gesetzen von einem „Recht auf Scheidung“, von dem „Recht des Gesellschafters, die Auflösung der (offenen Handels-) Gesellschaft (durch gerichtliche Entscheidung) zu verlangen“, die Rede ist, und wenn in der Theorie von einem Recht auf Rechtsänderung gesprochen wird, so liegen hier mehrere Vorstellungen undifferenziert miteinander verschlungen. Ein privates Recht auf Rechtsänderung (Scheidung usw.) vermag ich mir nicht auszudenken. Privatrechtlich ist nur das Recht zur Gestaltung (Kündigung der Ehe usw.), zu der pendenten, des komplementären Staatsakts bedürftigen Ausübung des privaten Gestaltungsrechts. Neben letzterem Privatrecht steht der öffentlichrechtliche sogenannte Rechtsschutzanspruch auf das Gestaltungsurteil, das sogenannte Klagrecht auf Gestaltung[2]. Das Recht auf Gestaltung

[1] Der Wachsche sog. Rechtsschutzanspruch ist in seiner Präexistenz vor dem Prozeß und dessen Durchführung kein Anspruch gegen den Staat auf günstige Rechtsschutzhandlung, sondern vorerst nur ein publizistisches Gestaltungsrecht, nämlich das Recht gegenüber dem Staat, durch die Vornahme einer Reihe von Prozeßhandlungen schließlich den Anspruch gegen den Staat, die staatliche Pflicht zur günstigen Rechtsschutzhandlung zu begründen.

[2] z. B. auf Scheidung (vgl. BGB. § 1574 Abs. 2, § 1575 Abs. 1); genauer (s. oben) das Recht zur Begründung des Rechtsschutzanspruchs. Zweck des Gestaltungsurteils ist privatrechtlich betrachtet nicht die Befriedigung eines privatrechtlichen Anspruchs, sondern die Ergänzung eines ergänzungsbedürftigen privatrechtlichen Tatbestandes.

(Scheidungsurteil) unterliegt ausschließlich den Normen des Prozeßrechts; das Recht zur Gestaltung unterliegt zunächst den Normen des Privatrechts, z. B. über Anfechtung[1]. Daß dieser Differenziierung praktische Bedeutung innewohnt, zeigt die vorstehend (und unten Ziffer 6) vertretene Lehre vom Doppeltatbestande.

5. Ausübungswirkung. Sie ist so vielgestaltig, daß erschöpfende Einzelausführungen hier nicht am Platze sind. Von der Gestaltung[2] als Ausübungswirkung[3] und von den gestaltbaren Rechtsbeziehungen[4] war bereits die Rede.

Die Wirkung tritt bald ex nunc[5], bald ex tunc[6] ein. Sie ist bald eine direkte[7], sogenannte dingliche, bald eine durch eine Obligation vermittelte[8]. — Die Antwort auf die Frage, ob ein bestimmtes Gestaltungsrecht selbst ein dingliches Recht sei, gibt lediglich das positive Recht. Das BGB. kennt nur ein einziges dingliches Gestaltungsrecht[9], nämlich das dingliche Vorkaufsrecht an einem Grundstück oder an einem Erbbaurecht. Die dingliche Wirkung Dritten gegenüber äußert sich nur in den Grenzen des Vormerkungsrechts[10]. Die Vormerkung erzeugt eine Verfügungsbeschränkung des Gestaltungsgegners zugunsten des Vormerkungsgläubigers, die dem Gegner die Möglichkeit nimmt, sich für den Vorkaufsfall in Leistungsunvermögen zu versetzen. Das Recht aus der Vormerkung ist ein negatives Herrschaftsrecht und hat mit dem Gestaltungsrechte nichts zu schaffen.

---

1 Vgl. unten S. 251.

2 Begründung, Änderung, Aufhebung; Eigengestaltung (Zugriff), Eingriff usw.

3 Zu scheiden von der Wirkung des bloßen Bestehens des Gestaltungsrechts, vgl. z. B. S. 242 N. 2.

4 Relation, Qualität, Subjektsstellung.

5 So zumeist; Beispiele überflüssig.

6 So bei den Anfechtungen, bei der Vernichtung der nichtigen Ehe usw., bei der Bestimmung und Herabsetzung der Leistung.

7 So regelmäßig.

8 So beim Rücktritt, beim Schenkungswiderruf.

9 Das Wegnahmerecht ist kein dingliches Recht an der Sache, obgleich seine Ausübung an einer zur Konkursmasse gehörigen Sache wie ein Aussonderungsrecht wirkt.

10 Von einer präsenten „unmittelbaren Macht der Person über die Sache" (Motive 3, 2) kann keine Rede sein.

6. Aufhebung der Ausübungswirkung. Aufhebung der Gestaltung ist möglich entweder ex nunc[1] oder ex tunc mit rückwirkender Kraft, so daß die gestaltete Rechtsbeziehung[2] in ihrer frühern Erscheinung wieder auflebt und zu behandeln ist, als ob sie nie von der Gestaltung betroffen worden wäre, und so, daß auch das Gestaltungsrecht möglicherweise wiederersteht.

Zur Aufhebung ex tunc kann es kommen, wenn dem gestaltenden Rechtsgeschäft oder dem gestaltenden Staatsakt ein Mangel anhaftet, und das Rechtsgeschäft, bezw. wo der Doppeltatbestand vorliegt, entweder das Rechtsgeschäft oder der Staatsakt (in seinen Wirkungen) aus der Welt geschafft wird. Das Rechtsgeschäft ist als von Anfang an nichtig anzusehen, wenn es aus einem der bekannten Gründe angefochten wird[3]. Das rechtskräftige Gestaltungsurteil ist als von Anfang an nichtig anzusehen, wenn es im Wiederaufnahmeverfahren beseitigt wird.

Einer nähern Betrachtung bedarf die Frage, wie die Beseitigung[4] des Gestaltungsgeschäfts[5] oder des gestalteten Rechtsverhältnisses[6] durch Anfechtung wirkt, wenn neben ihr ein gültiges, rechtskräftiges Gestaltungsurteil steht[5]. Wir haben gesehen, daß das Gestaltungsurteil von Anfang an unwirksam ist, wenn das zu gestaltende Rechtsverhältnis beim Eintritt der Rechtskraft des Urteils nicht besteht, oder wenn nach Schluß der letzten Tatsachenverhandlung vor dem Eintritt der Rechtskraft das materielle Gestaltungsgeschäft angefochten ist.

---

[1] Soweit das gestaltete Rechtsverhältnis der Privatdisposition unterliegt. So können die Geschiedenen sich wieder verheiraten, durch Vertrag kann die herabgesetzte Leistung wieder erhöht, die bestimmte Leistung anders bestimmt, der ausgeschlossene Gesellschafter wieder aufgenommen werden usf.

[2] Von dem Fall, daß diese selbst rückwärts vernichtet wird, sehen wir zunächst ab.

[3] Das angefochtene Gestaltungsgeschäft kann eine Anfechtung sein.

[4] Über die Nichtigkeit s. oben S. 243 N. 3.

[5] Beispiele: Eine Ehe ist durch rechtskräftiges Urteil geschieden worden; zu dem in der Scheidungsklage liegenden privatrechtlichen Kündigungsgeschäft ist der Kläger durch Betrug des Beklagten — z. B. Vorspiegelung eines in Wirklichkeit nicht begangenen Ehebruchs, was tatsächlich nicht ganz selten vorkommen soll — oder durch Drohung bestimmt worden; er ficht nunmehr das Gestaltungsgeschäft an. — Oder man denke an eine erzwungene Ehe- oder Ehelichkeitsanfechtung, die im Klageweg erfolgt ist.

[6] Anfechtung der aufgelösten offenen Handelsgesellschaft, des Vertrags, bei dem die Leistung durch Urteil bestimmt ist.

Von diesem Standpunkt aus führt ein konsequenter Schritt zu der weitern, gewiß willkommenen[1] Erkenntnis, daß das Gestaltungsurteil nach eingetretener Rechtskraft (und Wirksamkeit) nachträglich unwirksam wird, wenn hinterher das gestaltete Rechtsverhältnis oder das Gestaltungsgeschäft mit rückwirkender Kraft wegfällt.

Der Anfechtung steht keineswegs die Rechtskraft[2] entgegen. Das gestaltete Rechtsverhältnis wird von der Feststellung überhaupt nicht betroffen. Was (das Gestaltungsrecht und) das Gestaltungsgeschäft anlangt, so stellt das rechtskräftige Urteil allerdings fest, daß am Schluß der letzten Tatsachenverhandlung das Gestaltungsrecht (bestanden habe[3] und) ein gültig ausgeübtes gewesen sei. Aber niemals stellt das Urteil fest, daß das Ausübungsgeschäft so erfolgt sei, daß der Kläger selbst sein Geschäft nicht mehr anfechten könnte[4]. Sollte das Urteil den Kläger mit seinem (ihm bekannten oder unbekannten) Anfechtungsrecht präkludieren, so hieße das dem Kläger zumuten, er solle selbst seiner Klage den Boden entziehen und sich in flagranten Widerspruch zu seiner eigenen Rechtsverfolgung setzen.

---

[1] Sonst würde in dem Betrugsbeispiel der vorletzten Note der Betrüger über die unbeholfene Rechtsordnung triumphieren. Die Restitutionsklage aus ZPO. § 580 Nr. 4 bringt hier wegen einer Lücke des Strafrechts, für deren Ausfüllung geringe Chancen bestehen, keine Hilfe. Auch § 826 BGB. versagt, trotzdem er einen Anspruch auf Naturalherstellung gewährt, weil die Herstellung, d. h. hier die Eingehung der Ehe, nicht erzwingbar ist.

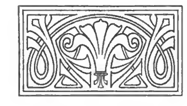
[2] Wohl aber kann sich der Ausschluß der Anfechtung aus andern Gründen ergeben. So werden Täuschung und Drohung kein Anfechtungsrecht erzeugen, wenn der Gestaltungskläger als Organ öffentlicher Interessen (wie bei der Ehenichtigkeitsklage, bei der Klage auf Vernichtung der Aktiengesellschaft) aufgetreten ist. Die schwierige Frage kann hier nur gestreift werden.

[3] In dem Betrugsfall der Note 5 S. 251 wird das bloß in der Einbildung existierende Kündigungsrecht festgestellt; vgl. S. 243 N. 2.

[4] Auch wird, was hier nicht unmittelbar in Betracht kommt, durch die Feststellung eines Rechts niemals festgestellt, daß dem Kläger das geltend gemachte Recht so zugestanden habe (und bis auf weiteres zustehe), daß es (bezw. das zugrunde liegende Rechtsgeschäft) für den Kläger unanfechtbar wäre. Entdeckt er z. B. die arglistige Täuschung nach der Rechtskraft des Urteils, so kann er ohne weiteres anfechten. Klagt er in Kenntnis seines Anfechtungsrechts auf Feststellung des Rechtsverhältnisses, so liegt darin nicht einmal unter allen Umständen eine Bestätigung.

Sonach ist ein irrtümliches und ein durch Drohung oder Täuschung verursachtes Gestaltungsgeschäft anfechtbar, mag[1] die Gestaltung außerprozessual durch das sich selbst genügende Rechtsgeschäft oder im Prozeß durch den Doppeltatbestand des Gestaltungsgeschäfts und Gestaltungsurteils herbeigeführt sein. Im letztern Falle wird mit der Anfechtung das Geschäft nichtig, das Urteil unwirksam.

[1] Beispiele für den folgenden Gegensatz oben S. 239, N. 8, S. 241.



VOM BANK- UND GESCHÄFTSWESEN DER PAPYRI DER RÖMERZEIT*.

VON DR. OTTO GRADENWITZ
PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT KÖNIGSBERG I. PR.




Ein Pächter von Staatsland kehrt nach vollbrachtem Tagewerk heim. Er muß hart kämpfen, um den Pachtschilling herauszuwirtschaften und dabei noch sich und seine Familie zu ernähren; denn die letzten Jahre waren keine vom Nil begünstigten. Bleibt er aber mit dem Pachtschilling im Rückstande, so wird das Land eingezogen[1] und abermals an

---

* Zu den Zwecken dieser Studie sind eine Anzahl Papyri, die von verschiedenen Personen handeln, auf eine einzige bezogen worden.

Die hier benutzten Papyrussammlungen werden also zitiert:

Amherst = The Amherst papyri being an account of the Greek papyri in the collection of the Right Hon. Lord Amherst of Hackney, F. S. A., at Didlington Hall, Norfolk, by Bernard P. Grenfell and Arthur S. Hunt. Part II. Classical fragments and documents of the Ptolemaic, Roman and Byzantine Periods. London 1901.

B.(G.)U. = Ägyptische Urkunden aus den Königlichen Museen zu Berlin. Herausgegeben von der Generalverwaltung. Griechische Urkunden. Berlin. (Bis Nr. 361 Bd. 1. 1895; bis Nr. 696 Bd. 2. 1898. Bd. 3. 1903.)

C.P.R. = Corpus Papyrorum Raineri Archiducis Austriae. Vol. 1. Griechische Texte. Herausgegeben von Carl Wessely. I. Band. Rechtsurkunden. Unter Mitwirkung von Ludwig Mitteis. Wien 1895.

Fayûm = (Egypt exploration fund. Graeco-Roman Branch.) Fayûm towns and their papyri by Bernard P. Grenfell, Arthur S. Hunt and David G. Hogarth, with a chapter by J. Grafton Milne. London 1900.

London = Greek papyri in the British Museum. Catalogue, with texts. Edited by F. G. Kenyon. Vol. II. London, 1898.

Oxy. = (Egypt exploration fund, Graeco-Roman branch.) The Oxyrhynchos Papyri, edited with translations and notes by Bernard P. Grenfell and Arthur S. Hunt. London I (1898). II (1900). III (1903).

Revenue Laws = Revenue Laws of Ptolemy Philadelphus edited from a Greek papyrus in the Bodleian library, with a translation, commentary, and appendices by B. P. Grenfell, and an introduction by the Rev. J. P. Mahaffy. Oxford 1896.

[1] Die Rechtsverhältnisse der eingezogenen Ländereien sind durch Wilcken (Papyrus-Archiv I S. 192), Mitteis (Zeitschrift der Savigny-

den Meistbietenden verpachtet. Er selbst ist auf die Weise zur Pacht gelangt, daß ein Freund von ihm auf das konfiszierte Pachtstück geboten und es davongetragen hatte, wobei der jetzige Pächter ihm Bürgschaft geleistet hat. Da der Freund sich auf dem Grundstück nicht halten konnte — die dreijährige Schonzeit[1] war längst vorüber —, so hat er von der Befugnis Gebrauch gemacht, die Pachtstelle zu zedieren[2], und unser Mann hat sie übernommen. Er weiß, daß er zahlen muß, ohne Aufrechnung und zu eigner Gefahr[3] und ist bereits einmal genötigt gewesen, ein Darlehen aufzunehmen, wobei ein Verwandter 6 Aruren Landes verpfändet hat. Der Gläubiger hat gedrängt, es ist gelungen, die Hälfte der Schuld abzutragen. Hierdurch sind 3 von den verpfändeten Aruren frei geworden, denn da im ägyptischen Lande die Verpfändung wesentlich nicht auf den Verkauf des Pfandgrundstücks abzielt, sondern dem Gläubiger Fruchtgenuß statt Zinsgenuß verschaffen soll,

---

stiftung 22, S. 151), Paul M. Meyer (Festgabe für Hirschfeld S. 142) geklärt: es ist öfters von Ländereien die Rede: πρότερον τοῦ (Name), νυνὶ δὲ τοῦ ἱερωτάτου ταμιείου, oder auch ἀναλημφθεῖσαι εἰς τὸ ταμιεῖον; das bedeutet: sie sind vom Staate eingezogen. Hatte der Schuldner des Fiskus, meist der aus öffentlich rechtlichen Gründen schuldende kleine Beamte, Rückstände, die er nicht zahlen konnte, so wurde seine Landstelle eingezogen und nicht zum Kauf, sondern zur Pacht verauktioniert. Diese Güter hießen dann γενηματογραφούμενα, mochten nun die γενήματα zur Erbpacht oder zur Zeitpacht überschrieben sein.

[1] Pap. Amherst 68, 40: ἀρούρας τινὰς (einige Morgen Landes) τῶι μὲν τῆς ἀτελείας (Pachtzinsfreiheit) τριετεῖ χρόνῳ ὑπὸ ἀμφοτέρων τῶν πρὸς χρείαις διὰ τῶν λόγων ἀνασταθείσας. Mitteis, Zeitschrift der Savigny-Stiftung 22, 159 erklärt dies: „Während der Dauer der Zinsfreiheit hatten die πρὸς χρείαις die fraglichen Aruren zwar nicht als gegenwärtig, wohl aber als zukünftig abgabepflichtige in Vormerkung zu halten und das war geschehen."

[2] παραχωρεῖν und παραχώρησις kommt neben dem Verkauf oft vor: πεπραμένων καὶ παρακεχωρημένων αὐτῇ (Berliner Urkunden 282, 33), oder τιμῆς (Kaufpreis) καὶ παραχωρητικοῦ ἀργυρίου (282, 22); es bedeutet, wie Paul M. Meyer, Festgabe für Hirschfeld S. 144, Anm. 1 zeigt, technisch Zession des Vektigalrechts an dem Vektigallande, der προσόδου γῆ.

[3] Dies ist Pachtrecht, vgl. unter vielen B. U. 586. Es meldet sich der Pachtbewerber mit den Worten: βούλομαι μισθώσασθαι παρὰ σοῦ τὰς ὑπαρχούσας περὶ κώμην Βουκόλων σιτικὰς ἀρούρας δέκα τρῖς ἢ ὅσαι ἐὰν ὦσι (sic!). Er will dreizehn Aruren (oder wie viel es sind), die dem andern gehören, pachten und den Zins zahlen: ἐκφορίου ἑκάστης ἀρούρης ἀδό(λ)ου πουροῦ (= πυροῦ) ἀρτάβης μιᾶς ἡμίσου ἀνυπολόγων καὶ ἀκινδύνων, d. h. von der Arure im Durchschnitt anderthalb Scheffel Weizen, so daß die Ernte auf seine Gefahr geht und er nicht kompensieren kann; so ἀνυπόλογος erklärt von Brasloff, Zeitschrift der Savigny-Stiftung 21, 492.

so hat teilweise Zahlung auch teilweise Befreiung des Pfandobjektes zur Folge[1]. Immerhin ist für den Rest noch die Verhaftung da. Nun findet er zu Hause vor einen Brief von dem Sohne, welcher Kriegsdienste tut und sich in beweglichen Redewendungen darüber ergeht, daß ihm kein Zuschuß von Hause in Gestalt von Geld oder Naturalleistungen geworden ist[2]. Er werde verspottet von seinen Kameraden (denen von Hause Gutes zufließe) und wisse sich nicht zu helfen[3]. Dem Vater fällt es schwer, den Sohn im Stich zu lassen, und um wenigstens einiges Geld zu schaffen, entschließt er sich, ein Kameel zu verkaufen. Die Behörde führt Buch über die vorhandenen Tiere und wünscht jederzeit über deren Verbleib auf dem laufenden gehalten zu werden; denn man braucht sie z. B. zu Postzwecken. Darum muß der Kauf also gemeldet werden:

B.U. 629: Σοκ(ν)οπ(αιου). κάμηλ(ος) α′ πῶλ(ος) α′.

Ἱεράκι στρ(ατηγῷ) καὶ Τιμαγένει βασ(ι)λ(ικῷ) γρα(μματεῖ)
Eingabe an Herrn I. den Schulzen und Herrn T. den Königsschreiber

[1] Pap. London (ed. Kenyon) p. 153, col. 2.
Ϲστιν δε τα οφειλομενα.
(Es sind aber die geschuldeten Posten):
1. Ϲδανεισατο Ουαλεριος Απολιναρις παρα του μετηλλαχο[το]ς μου πατρος Ιουλιου Αγριππεινου καθ' υποθηκας τετελειωμενας δια του εν Κοπτω γραφειου [τ]ω β(ετει) θεου Αδριανου μια μεν . . . (u. s. f.) αλλης δε . . . (u. s. f.).
2. και [αλλ]ης επι υποθηκη ελαιωνος (αρουρων) δ περι Καρανιδα
3. και Κερκεσουχα. εξ ων απεδωκεν τω δ(ετει) Φαμενωθ αργυριου κεφαλαιου (ταλαντα) α (δραχμας) (δισχιλιας) γ(ιγνονται) της υποθηκης κεφα(λαιου) (δραχμαι) (τετρακισχιλιαι) επι ταις λοιπ(αις) (αρουραις) β.

Das heißt: Der Schuldner hat beim verstorbenen Vater des Gläubigers drei Anleihen aufgenommen, mit Hypotheken, deren Briefe vom Bücheramt in Koptos ausgefertigt wurden. Der dritte Posten betrug 8000 Drachmen (1 Talent = 6000 + 2000), für die vier Aruren Landes verpfändet waren, und nachdem eine Teilzahlung gemacht, blieben noch 4000 Drachmen auf den restierenden zwei Aruren, d. h. Zahlung der halben Summe befreite den halben Pfandgegenstand. Vgl. Gradenwitz, Einführung in die Papyruskunde S. XII.

[2] B.U. 814, 19. Brief eines Soldaten an seine Mutter: ὁ πατήρ μου πρὸς ἐμὲ ἐλθ....... οὐκ ἔδωκ[έν μο]ι ὀβολὸν οὐ βύρρον (Leder) οὐκ οὐδὲν.

[3] Ebenda Z. 20: ἀλλὰ πάντες καταγελῶσί μοι, ὅτι ὁ πατὴρ στρατεύεται, οὐδὲν αὐτῷ δέδωκε κτλ. Z. 23: οὐδὲν μοι ἐπέμψαται (= ἐπέμψατε). Διὰ τεί (= τί); ἡ μήτηρ Οὐαλερίου ἔπεμψε αὐτῷ ζεῦγος ὑποζωνῶν (ein Paar Gürtel) καὶ κεραμεῖον ἐλαίου (ein Gemäß Öl) καὶ σφυρίδαν κρεδέων (Korb Fleisch) καὶ δίλασσαν (Gewand) καὶ διακοσίας δραχμάς.

Ἀρσι(νοΐτου) Ἡρακ(λείδου) μ(ερί)δος παρὰ Στοτοήτιος Ὥρου τοῦ
des Arsinoëgaues, Heracl. Bezirk, von St. Sohn des H.
Στοτοήτιος ἀπὸ κώ(μ)ης Σοκνο(παίου) Νήσο(υ).
Enkel des St., vom Dorfe S. Insel.
Ἀφ' ὧν ἀπεγρ(αψάμην) τῷ διελ(ηλυθότι) κγ' ἐπὶ τῆς
Aus der Zahl der von mir als mein eingegebnen (im verflossenen 3. Jahre,
κώ(μ)ης καμήλ(ων) τελείω(ν) β', πέπρα-
als auf diesem Dorf befindlich) Kameele, die susgewachsen, 2, habe ich
κα τῷ αὐτῷ κγ (ἔτει) Ἁρποκρατίωνι
verkauft im selben Jahre (23) H.
Σαραπίωνος Σωσικοσ(μίῳ) τῷ καὶ Ἀλθ(αιεῖ)
Sohn des S. einem Sosikosmier oder auch Althäer
κάμηλον α' ἄρρενα, τὴν δὲ
ein männliches Kameel, das
λοιπ(ὴν) κάμηλ(ον) α' ἀπογρ(άφομαι) εἰς τὸ ἐνεστ(ὸς)
verbleibende eine Kameel vermeide ich für das laufende
κδ' (ἔτος) Ἀντω(νείνου) Καίσα(ρο)ς τοῦ κυρίου
24. Jahr des Antoninus Caesar des Herrn
καὶ τὸν ἐξ ἐπιγονῆς προσγεγονότα πῶλον ὑποτίθιον α'.
und das als Nachwuchs zugekommene Saugfohlen: ein Stück.
Ἀπεγρ(άφησαν) παρὰ στρ(ατηγῷ) κά[μ(ηλος)] α' πῶλος α' Μεχ(είρ) γ'.
Eingetragen beim Schulzen ein Kameel ein Fohlen 3. Mecheir.
Ἀπεγρ(άφησαν) παρὰ βασιλι(κῷ) κάμηλ(ος) α' πῶλος α' Μεχ(είρ) γ'.

(Folgen noch drei Vermerke über die ἐξαρίθμησις, d. i. die amtliche Nachzählung der Kameele, vgl. Wilcken, Ostraka S. 425.)

Aber der Gläubiger drängt für den Rest, und so versucht man zunächst bei einem Nachbar ein weiteres Darlehen aufzunehmen. Der Nachbar hat einiges Geld zu Hause[1], und gegen einen Handschein nach folgendem Muster gibt er es als Darlehen:

B.U. 578, 11. Cheirographon.

Γάϊος Ἰούλιος [Μαρ]τιάλις οὐετρανὸς Λουκίῳ Ἀντωνίῳ Μίνορι
C. J. Martialis veteranus L. Antonio Minori
χαίρειν. Ὁμολογῶ εἰληφέναι παρὰ σου δάνιον διὰ [χε]ιρὸς[2]
salutem. Bekenne empfangen von dir als Darlehen von Hand zu Hand
ἐξ οἴκου ἀργυρίου Σεβαστῶν νομίσματος δραχμὰς χειλίας δια-
aus dem Haus, an Silber kaiserlicher Währung Drachmen 1200

[1] Er erbietet sich außerdem noch, etwas Getreide zu borgen (vgl. London 308, 11 ff.), was aber abgelehnt wird.

[2] D. i. nicht durch eine Bank.

κοσίας τόκου δραχμιαίου (τ. δ. zweimal) τῇ μνᾷ κα[τὰ μῆ]να ἕ[κα-
Zins: Drachme von der Mine monatlich.
σ]τ[ον, ὧν καὶ τὴ]ν ἀπόδοσιν [πο]ιήσομαι ἐντὸς ἐνιαυτοῦ
die Rückgabe werde vornebmen innerbalb eines
ἑνὸς σὺν τοῖς τόκοις. Ἐὰν δὲ μὴ ἀποδῶ, ἔσται σοι
Jahrs samt Zinsen. Wenn ich es nicht wiedergebe, soll Dir
ἡ πρᾶξις ἔκ [τε ἐμ]ο[ῦ καὶ ἐκ] τῶν ὑπαρχόντων μοι
Eintreibung werden aus mir persönlicb und aus meinem Vermögen, dem
πάντων καθάπερ ἐκ δίκης. Τὸ δὲ χειρόγραφον τοῦτο ἰδιόγραφόν μου
ganzen, wie nach Urteil. Diesen Handschein aber, eigenbändig von
ὃν δισσόν σοι ἐξεδόμην [κ]αὶ [καθαρὸν ἀπὸ ἐπιγραφῆς
mir, babe icb dir zweimal ausgefertigt und er ist rein von Drüberschrift
καὶ ἀλίφαδος, κύριον ἔστω ὡς ἐν δημοσίῳ κατακεχωρισμένον.
und Rasur, soll auch gelten, wie wenn er im Archiv eingetragen wäre.
(Datum.)

Aber größere Summen hat er nicht, muß vielmehr, um aushelfen zu können, seinem künftigen Schuldner eine Anweisung geben auf die am Orte befindliche Wechslerbank. Denn der Verkehr mit hartem Geld ist in dieser Zeit gewaltig eingedämmt durch die Praxis der Überschreibung in den Handelsbüchern, wie sich dies schon in dem Wechsel der Ausdrücke seit der Ptolemäerzeit dartut. Der früheste Ausdruck für die Entrichtung der Steuern ist πέπτωκεν ἐπὶ τὴν βασιλικὴν τράπεζαν, das will sagen, daß das Geldstück auf den Tisch klang. Dann κατέβαλεν, er warf es. Hierauf folgt der neutrale Ausdruck τάσσεσθαι berichtigen, der aber im Lauf der Kaiserzeit durch den technisch werdenden Ausdruck διαγράφειν[1], eigentlich durchbuchen, ersetzt wurde[2].

Die Wechslerbanken sind mit der Firma des Inhabers benannt, zugleich wohl durch den Namen der Straße gekennzeichnet. Ein Schreiben einer Bank beginnt [B.U. 415]: Von der Bank des Φίλος, genannt auch Ἰσιδῶρος, im 10. Jahre des Kaisers Nerva Trajanus im Monat Augustus:

Hier fehlt jede Ortsbezeichnung; dagegen enthält die Unterschrift des Empfängers die Worte κατὰ διαγραφὴν τῆς Φίλου

[1] Wilcken, Ostraka S. 89; über perscribere Mommsen, Hermes, 12, S. 111.

[2] Auch kleine Marktflecken erfreuen sicb einer Bank, wie denn scbon die Steuerordnung des Ptolemäus Pbiladelpbus aus der Mitte des dritten Jabrbunderts vor Christus davon spricbt, daß ἐν ταῖς πόλεσιν ἢ κώμαις τράπεζαι βασιλικαί aicb finden (Revenue Papyrus ed. Grenfell col. 75, 1).

τραπέζης ἀγορᾶς ἱματίων „Bank des Φίλος auf dem Kleidermarkt". Auch hier ohne Angabe des Fleckens[1]. Ähnliche Urkunden von Banken „auf der Gymnasiumstraße": B.U. 607 1, 4: Διὰ τῆς Σαραπίωνος τρ[απέζης] πλατίας Γυμνασίου, die gleiche Bank: B.U. 427, 4: διὰ τῆς Σαραπίωνος τραπέζης Γυμνασίου, eine andere Bank B.U. 645, 1: ἀπὸ τῆς Διδύ(μου) τρα[π(έζ)ης.

Es ergibt sich und ist natürlich, daß diese Wechslerstellen die öffentlichen Plätze und die Nähe hervorragend wichtiger Gebäude bevorzugten.

Auch offene Handelsgesellschaften ergeben sich aus den Firmen. Oxy. 289, 2 διαγέγραπται διὰ Δωρίωνος καὶ Χαιρήμονος τραπέζης, Amherst 95, 16 διὰ τῆς Ἑρμοφάντου καὶ Εὐτυχίδου τραπέζης. Daneben aber kommt auch vor die verwickeltere Bildung „X und Comp." B.U. 468, 3 ἀπὸ τῆς Παλαμήδους καὶ μετόχων[2] τραπέζης Διονυσιάδος.

Zu einer solchen Bank lenkt der Darlehensgeber mit dem Darlehenssucher seine Schritte. Aber wie sie da eintreten, können sie nicht sogleich bedient werden. Sie stoßen auf große Verwirrung: der dem Darlehensgeber befreundete Chef der Firma ist eben gestorben und die Witwe unter Assistenz des Kompagnons damit beschäftigt, die Todesanzeige an die zuständige Behörde zu richten[3]. Es sind überdies von den Behörden verschiedene Notizen eingelaufen, welche der Erledigung harren: da hat im Auftrage des Strategen dessen Schreiber (Oxy. 61: Αὐρήλιος Σαραπίων ὁ καὶ Μουμιανὸς γενόμενος.... νυνὶ στρατηγὸς ε..... διὰ Αὐρηλίου Ὡρίωνος γραμματέως) geschrieben, daß das Strategenamt am heutigen Tage 2555 Drachmen der Bank überwiesen hat, Ertrag einer Versäumnisstrafe wegen Nichteinlieferung schriftlicher Ausweise. Diese

[1] Notariataquittungen, wie überhaupt alle notariellen Urkunden enthalten stets den Ort.

[2] Wenn die von Wilcken, Ostraka p. 536 entwickelte Stellung der μέτοχοι des ἀρχώνης, des Steuerübernehmers der Ptolemäer, hierauf zu übertragen, könnte man an Kommanditisten oder stille Gesellschafter denken. Doch ist dies nicht wahrscheinlich, auch von Wilcken nicht behauptet, eher abgelehnt.

[3] Die Anzeige lautet (Lond. 66) im wesentlichen: An den βασιλικὸς γραμματεύς schreibt die X: Ὁ ἀνήρ μου (Name), ἀναγεγραμμένο[ς ἐπὶ τῆς] προκειμένης κώμ[ης] (d. h. eingetragen in die Liste des genannten Dorfes) ἐτελεύτησε (Datum). Διὸ [ἀξιῶ ταγῆναι α]ὐτὸν ἐν τοῖς [τ]ετ[ελευτη]κόσι. (Er soll als verstorben geführt werden, d. i. wegen der Steuern, Liturgieen usw.)

sollen in besonderem Konto geführt werden, bis Entscheidung getroffen worden ist, wohin sie abzuführen sind (διοικεῖν καθ' ἑαυτὰς ἰδίας τάξεως ἄχρις ἂν διαγνωσθῇ που χωρεῖν ὀφείλουσιν. Oxy. 61, 1. 8—10). Da ist eben der Prokurist (συνεσταμένος ὑπὸ 'Αρχιβίου τραπεζείτου) beschäftigt, einen Darlehensvertrag aufzunehmen (Oxy. 269, 22)[1]. Da ist ein Ehegütervertrag zu entwerfen oder wenigstens die Summe der Mitgift auszuzahlen (Oxy. 267), da sind Steuereinzahlungen zu quittieren (Oxy. 288, 8)[2]. Endlich werden sie nach ihren Wünschen gefragt. Wenn der zur Darlehenshingabe bereite Freund hier ein Guthaben besitzt, so kann er es sofort auf den Darlehenssucher übertragen; die Form hierfür würde die sein, daß der Bankier eine Urkunde des Inhalts ausstellt, der Darlehensgeber tue dem näher bezeichneten Nehmer zu wissen, daß die Summe für Rechnung des Gebers dem Empfänger zur Verfügung stehe, und zwar bei der Bank.

London S. 221 (No. 336). Diagraphe.

Jahr und Tag. Dann (Z. 5.):

Δια
Durch

της Διδυμου τραπεζης Φρεμει. Φαριων Διδα Στοτοητι
des Didymos Bank in der Fremeistraße. Pharion des Didas Sohn

Στοτοητεως του Στοτοητεως ως (ετων) ν ου(λη)
tut zu wissen dem Stotoëtis, Sohn des St., Enkel des St., alt 50 Jahr,

αντιχιρι αριστερω[3] και (4 anderen)
benarbt am linken Daumen, (und 4 anderen,)

---

[1] διὰ Θέωνος τοῦ Σύρου τοῦ συνεσταμένου ὑπὸ 'Αρχιβίου τραπεζείτο(υ) γεγο(νεν) ἡ διαγρα(φή).

[2] Bei der Auswahl dieser Beispiele habe ich die Fälle, bei denen von δημοσία τράπεζα (und δημόσιοι, auch βασιλικοὶ τραπεζίται) die Rede ist, nicht geschieden von denen, die bloß τράπεζα oder gar (Fayum 370) ἰδιωτικὴ τράπεζα uns nennen. Mein Eindruck, den ich hier nicht begründen kann, ist, daß eine eigentliche Reichsbankstelle: ἡ ἐν Ἑρμώνθει τράπεζα ἐφ' ἧς 'Αμμώνιος, deren Vorsteher 'Αμμώνιος, wie sie in der Makedonenzeit in Ägypten üblich war und durch zahlreiche Ostraca bezeugt wird, in den κῶμαι der Römerzeit nicht mehr existierte, sondern die Kassageschäfte des Gemeinwesens einem oder mehreren Trapeziten eher nach Art der Hofbankiers überwiesen wurden. Zu dieser Meinung bringt mich unter anderem auch die gegen die Ptolemäerzeit veränderte Behandlung der Steuerquittungen.

[3] Es ist zu beachten, daß nur der Nehmer, nicht der Geber also signalisiert wird, vgl. Gradenwitz, Archiv ii, S. 107, Erman ebenda S. 458.

(Z. 15) τοις πεντε αλληλων εγγυοις εις εκτισιν εχειν
diesen Fünfmännern, wechselseitig Bürgen für die Zahlung, sie
α[υ]τους παρα του Φαριωνος χρησιν κεφαλαιου[1] α[ργ]υριου δραχμας
hätten vom Pharion ein Darlehen, Kapital, in Silber Drachmen
τετρακοσιας (in Zeichen:) υ τοκου δ[ρα]χμιαιου τη μνα τον
vierhundert, 400, zinsbar mit einer Drachme im Monat
μηνα εκαστον ας και αποδωσουσι εν μηνι
für jede Mine, die Drachmen werden sie auch zurückgeben im Monat
Μεσορη του ενεστωτος ετους (etc.).
Mesore des laufenden Jahres.

Diesen Schein kann der Darlehenssucher in Empfang nehmen und gegen quittierende Unterschrift das Geld beheben. Ausgestellt scheint der Schein durch den Geber; einer Akzeptation durch die Bank bedurfte es nicht. Gegen Quittung wird gezahlt. Voraussetzung dieses Verfahrens ist, daß der Geber sicher sein kann, seine Anweisung durch die Bank honoriert zu sehen. Im ägyptischen Verkehr gestaltet sich dies so, daß der Bankier dem Geldsucher einen Schein aushändigt, worin die doppelte Tatsache bekundet wird, einmal, daß die Bank zahle aus ihren Beständen, und sodann, daß sie zahlen wolle auf Rechnung des Geldgebers; — daß die Bank zahlen wolle: denn der Bankier schreibt die Urkunde, die am Kopf seine Firma trägt und im Kontext wiederholt, daß die Zahlung durch sein Institut erfolgt; — daß es auf Rechnung des Gebers erfolgt: denn im Text spricht der Geber den Nehmer an, und teilt ihm mit, daß von Gebers wegen bei der Bank die Summe dem Geldsucher zur Verfügung stehe; formell steht aber drin: er teilt dem Geldsucher mit, daß dieser durch die Bank die Summe vom Geldgeber bereits weghabe. Diesen Schein kann der Geldsucher an sich nehmen, und wenn er das Geld für sich braucht, es gegen Quittung, welche unter der Urkunde erfolgt, in Empfang nehmen. Natürlich hat dabei die Quittung nicht bloß den Wert der Bestätigung des oberen Textes, sondern bedeutet eben die Auszahlung des zur Verfügung stehenden Geldes. Vergleichen wir diese Urkunde mit der Notarsurkunde, sogen. ὁμολογία, so ergeben sich folgende Unter-

[1] ‚Das häufig dabei stehende κεφαλαίου soll nur ausdrücken, daß Kapital-, nicht Zinszahlung gemeint ist.' Mommsen, Zum ägyptischen Münzwesen, Archiv I S. 275, Anm. 1.

schiede: 1) In der ὁμολογία erklärt im Tenor derselbe Mann, welcher die Unterschrift liefert, und folglich ist eine ὁμολογία ohne Unterschrift wertlos, ein Entwurf von der Hand eines Dritten, vergleichbar einem eigenen Wechsel ohne die Unterschrift des Ausstellers. Aber bei unserer διαγραφή genannten Urkunde hat auch schon der obere Text ohne Unterschrift den Wert, daß in der Handschrift der Bank festgelegt ist, es habe der Adressat des Schreibens die Möglichkeit, gegen Vorweisung des Schriftstückes und Quittung die Summe von der Bank zu erheben, und darum ist eine solche διαγραφή in Beziehung auf die Bank einer akzeptierten Tratte zu vergleichen, bei welcher Aussteller der Darlehensgeber (in unserm Falle der Freund und Nachbar), der Bezogene und Akzeptant die Bank (welche Deckung erhalten hat), und der Remittent der Darlehensempfänger ist. Es ist daher nicht verwunderlich, daß uns von dieser Art Urkunden eine stattliche Zahl ohne subscriptio überliefert ist[1]. Das sind eben die Scheine, die noch nicht präsentabel gestellt sind. Einlösungsfähig wird die Urkunde durch die in der Unterschrift liegende Quittung, die sich bei einer Anzahl von Urkunden ebenfalls findet. Aber, sobald das Wort Akzept genannt ist, erhebt sich die Frage, ob denn ein solches Papier nicht auch zirkulieren konnte. Es leuchtet ein, daß das quittierte Papier, wofern es sich noch beim Adressaten befand, den Wert eines Wechsels der Bank hatte, wofern nur die Echtheit der Unterschrift des Quittierenden gesichert war. Dann konnte es zirkulieren und präsentiert werden. Aber es war auch ein anderer Modus in Übung, von dem uns Belege erhalten sind. Unser Schuldner, welcher das Darlehen zur Befriedigung seines Gläubigers brauchte, hatte gar keine Veranlassung, es selber abzuheben, sondern vielmehr den Wunsch, es seinem Gläubiger zur Verfügung zu stellen, und um diesen Zweck zu erreichen, bediente er sich selber des Mittels der Anweisung, wie uns deren in komplizierten Fällen überliefert sind. Er wies den Bankier an, das Guthaben auszuschütten an den alten Darlehensgläubiger, wobei es wiederum möglich, ja wahrscheinlich war, daß der

[1] Sogar durchstrichene unterschriftslose διαγραφαί kommen vor. Lond. S. 221.

Gläubiger seinerseits das Geld nicht bar nahm, sondern weiter negotiieren wollte. Der Auftrag, dem Gläubiger zu zahlen, ersetzte bei der Bank das Empfangsbekenntnis durch den Schuldner und konnte, dem Blatte im Buche des Bankiers beigeheftet, so sicher genügen, die Abschreibung der Summe vorzunehmen, wie die Quittung selbst. Natürlich mußte der Gläubiger selbst der Bank noch einmal quittieren, und für diese Quittung wählte man dann wieder die Form der διαγραφή. Die Bezugnahme auf das Guthaben erfolgte dadurch, daß man den Bankier anwies: χρημάτισον, ἃς ἔχεις ἡμῶν ἐν παραθήκῃ oder ἐν θέματι. Derartige Anweisungen sind natürlich nicht beschränkt auf den Fall, wo jemand eine Darlehensschuld aus seinem Guthaben bei der Bank deckt, sondern sie kommen ebensowohl vor bei der Zahlung eines Kaufpreises, für welchen der Verkäufer an die Bank angewiesen wird, und die Tatsache des Empfanges des Geldes unter der Anweisung bescheinigt.

Fayum 100.

Ἀφροδοῦς Σατ[ύ]ρ[ο]υ με[τὰ] κυρίου τοῦ συν-
Ich A. Tochter des S. ich (mit, K. dem Ver-
γενοῦς Ἀμμωνίου τοῦ Ἡρ[α]κλείδου Σαμβᾷ
wandten A. Sohn des H.,) entbiete S.
τῷ καὶ Διδύμῳ τραπ[ε]ζ[ε]ίτῃ χα[ί]ρειν. Χρη-
der auch D. genannt, dem Wechsler, meinen Gruß.
μάτισον Χαριτίῳ τῇ καὶ Τασουχαρίῳ
Begleiche der Ch. (auch T. genannt)
5 *Χαριδήμου καὶ Χαρ[ι]τίῳ Διδύμου*
Tochter des Ch. und der Ch. (Tochter des D.)
μετὰ κυρίων ἑκάστ[η]ς τοῦ ἀνδρός, τ[ῇ]
(die antreten mit, als K., jede ihrem Gatten,
μὲν Χαριτίῳ τῇ καὶ Τα[σ]ουχαρίῳ Ἀπολλω-
Ch. auch T. genannt, mit A.
ν[ί]ου τοῦ Ἀπολλω[νί]ου, [τ]ῇ δὲ ἑτέρᾳ Χα-
Sohn des A. die andre Ch.
ριτίῳ Ἥρωνος τοῦ Διδύμου τιμὴν
mit H. dem Sohn des D.,) (als Preis
10 *ἡμίσους μέρους οἰκίας καὶ αὐλῆ[ς] καὶ τόπων*
der Hälfte von Haus und Hof und Stelle
[κ]αὶ τῶν συνκυρόντων πάντων ἐν κώ-
und Zubehör, allem im Dorf
μῃ Θεαδελφείᾳ τῆς Θεμίστου μερίδ(ο)ς
Th.

[ἀκ]ολ{ολ}ούθως ταῖς γεγονυίαις εἰς αὐ[τὰς
gemäß der an sie ausgestellten
[. .] . ιαις καταγραφαῖς, ἃς ἔχις μου ἐν
Verschreibung), die Drachmen, die du von mir
15 θέματι ἀργυρίου δραχμὰς ἑξακοσί-
im Depot hast, Silberdrachmen 600
[ας], (δραχμας) χ. (Datum wie Z. 22.)
in Zeichen / X.

Χαρίτιον Διδύμου μετὰ κυρίου τοῦ ἀνδρὸς
Ch. D. mit, als K., dem Gatten
Ἥρωνος τοῦ Διδύμου καταχώρισον, καὶ ἀνίρημαι
H. (lasse registrieren?) und zog ein
20 τὰς ἐπιβαλλούσας μοι ἀργ(υρίου) (δραχμὰς)
die mir zufallenden Silberdrachmen
τριακοσίας, / (δραχμας) τ.
300, in Zeichen τ.
Ἥρων ἔγραψα καὶ ὑπερ τῆς γυναικός μου μὴ εἰδυίης
H. schrieb auch für die Gattin, die nicht schreiben
γράμματα. (ἔτους) δευτέρου Αὐτοκράτορος Καίσαρος
kann. Anno II. Imp. Caes.
Νέρουα Τραιανοῦ Σεβαστοῦ Γερμανικοῦ, Τῦβι κη.
N. T. Aug. Germ. T. 28.

Folgt die Quittung der 2. Verkäuferin.

Aber die Darlehensanweisungen haben das Eigentümliche, daß sie uns einen Einblick eröffnen in die Verrechnung der Schulden, welche durch das Bankensystem an die Stelle metallischen Umlaufs gesetzt wurde. 2) Während bei den Notariatsurkunden alle Komparenten als dem Notar fremd signalisiert werden, d. h. mit Alter und Narben aufgenommen, fehlt das Signalement auf den διαγραφαί, bei dem Geldgeber durchaus. Diese von mir öfters hervorgehobene Tatsache wird von Erman wohl mit Recht dadurch erklärt, daß der Bankier nur das aufnimmt, was not tut, und ein Interesse des Geldgebers, sich zu verleugnen, nicht wohl denkbar ist. Doch dürfte man nicht mit Erman[1] soweit gehen, aus dem Fehlen des Signalements des Empfängers Schlüsse auf den Charakter einer Urkunde zu ziehen. Die διαγραφή ist in aller Regel Angebot der Bank, eine Summe zu zahlen, und wenn sie vollzogen ist, ist sie

[1] Archiv II S. 459.

Zahlung dieser Summe durch die Bank. Daß sie aber auch bezeugen soll, es sei eine Zahlung an die Bank erfolgt, darf man nicht daraus schließen, daß hie und da das Signalement bei dem Empfänger fehlt[1]. Zahlte jemand an die Bank seines Gläubigers auf dessen Anweisung, ohne daß die Bank seine eigene war, so genügte in der Tat vollkommen eine gewöhnliche Quittung, beziehungsweise ein Darlehensschein, wobei natürlich die Kombination vorbehalten bleiben muß, daß das Geld von der Bank dem Gläubiger des Empfängers weiter gegeben, und zu diesem Zwecke eine διαγραφή an diesen Gläubiger vom Empfänger her durch die Bank ausgestellt wurde. διαγραφή ist aber stets als die Urkunde gedacht, durch welche die Bank mitteilt, daß bei ihr für den Destinatär eine Summe bereit stehe. 3) Endlich drittens besteht ein großer Unterschied zwischen χειρόγραφον und διαγραφή in Beziehung auf die Beglaubigung. Es scheint, daß das Prinzip des Handels, Treu und Glauben an die Stelle des Formalismus treten zu lassen, jener διαγραφή, die ja in den Büchern des Bankiers in Kopie gehalten wurde, Beweiskraft sicherte, während die gewöhnlichen Handscheine im Ernstfalle, d. h. wenn vor Gericht von ihnen Gebrauch gemacht werden sollte, einer eigentümlichen Prüfung und Beglaubigung unterlagen, von welcher uns erst die jüngste Zeit ein klares Bild verschafft hat.

Die einfachen Handscheine, deren namentlich für Darlehen eine große Zahl überliefert ist, enthalten am Schlusse sehr häufig die Versicherung τὸ χιρόγραφον ἰδιόγραφον δισσόν σοι ἐξεδόμην καὶ ἔστω κύριον ὡς ἐν δημοσίῳ κατακεχωρισμένον καθαρὸν ἀπὸ ἀλείφατος καὶ ἐπιγραφῆς. Der Anfang bedeutet natürlich die Ausstellung der Urkunde in zwei (oder drei) Exemplaren. Daß die Urkunde gelten soll ὡς ἐν δημοσίῳ κατακεχωρισμένον heißt, sie solle gelten, wie wenn sie im öffentlichen

---

[1] Erman erklärt B.G.U. 70 das Fehlen des Signalements der Empfängerin daraus, daß diese Mutter der Geberin und als solche der Bank persönlich bekannt ist. Ebenso kann man aber auch annehmen, daß in den Urkunden BGU 415 und CPR 15 die Bank des Philos, genannt Isidoros, zugleich die Bank der acht Darlehensrückzahler ist, oder deren Führers, und also die Rückzahlung des Darlehens durch Belastung von deren Konto erfolgte.

Archiv einregistriert wäre[1], und der Schlußsatz bedeutet Abwesenheit von Änderung (Rasur oder Drüberschrift). Da die Urkunde vom Schuldner eigenhändig geschrieben ist, so ist die letzte Beteuerung gezwungen. Eine solche Beteuerung hat mehr Sinn, wenn sie erst nach Ablauf einer gewissen Zeit erfolgt oder in einem Augenblick geschieht, wo von der Urkunde vor Gericht oder zum Zwecke der Abschrift Gebrauch gemacht werden soll. In der Tat sind die beiden Vermerke im wesentlichen wohl zu erklären durch ein Edikt des Präfekten Ägyptens vom Jahre 127, welches uns durch Pap. Oxyr. 34 überliefert und durch die Herausgeber Grenfell und Hunt und mehr noch durch Mitteis, Hermes Bd. 34, S. 9 klargelegt worden ist.

οἱ μέχρι νῦν ἐν τῷ καταλογείῳ
Die bis jetzt im Archiv

ἀπολο[γ]ισταὶ γραμματεῖς καλ[ού]με[ν]οι κατὰ τὸ παλαι[ὸν] ἔθος ἐγλογιζέ-
Apologisten-Schreiber Genannten sollen nach altem Brauch auszie-

θωσαν τὰ συλλάγματα περιλαμβάνοντ[ες] τά τε τῶν νομογράφων
hen die Verträge aufnehmend der Gauschreiber

καὶ τὰ τῶν σ[υνα]λλασσόντων ὀνόματα καὶ τὸν ἀριθμὸν τῶν οἰκονο-
und der Parteien Namen, und die Zahl der Doku-

μιῶν καὶ [τὰ εἴ]δη τῶν συμβ[ο]λαίων καὶ καταχωρ[ι]ζέτωσαν ἐν ἀμφο-
mente, und die Arten der Urkunden, und sollen dies registrieren in bei-

[τέρα]ις ταῖς β[ι]βλ[ιο]θήκαις. ο[ἱ καλ]ούμενοι εἰκονισταὶ ὅταν τὸν τόμον
den Bibliotheken. Die sogenannten Ikonisten, wenn die Rolle

[τῶν πρ]οσαγορευομένων [συνκολ]λησίμων πρὸς καταχωρισμὸν ἀνε-
der sogenannten Klebebände zwecks Registrierung sie prü-

τ[άζ]ωσι παρασημιούσθ[ωσαν εἴ πο]υ ἀλήλειπται ἢ ἐπιγέγραπταί τι
fen sollen anzeigen ob wo radiert oder zugeschrieben ist

ὃ [ἀκύ]ρως ἔχει· καὶ ἀντίγρ[αφον γεν]όμενον ἐν ἐ[πι]χάρτῃ[2] καταχωριζέτωσαν
was also nichtig ist, und sollen die Abschrift auf Papier einregistrieren

ε[ἰς τὰς] δύο βιβλιοθήκας, [κελεύ]ω γὰρ καὶ ἐπὶ τῆς ἄλλης Αἰγύπτου
in beide Bibliotheken. Denn ich befehle, es soll auch im übrigen Ägypten

γείνεσθ[αι τὸ ἐ]π' Ἀρσ[ι]νοειτῶν.
geschehen wie im Arsinoëgau.

Man wird mit Mitteis anzunehmen haben, daß hierdurch Abschriften und Regesten gefordert werden, wenn auch die

[1] Nicht, wie ich, durch die Wertlosigkeit dieser Beteuerung verleitet, früher annahm: „sintemal sie registriert ist", vgl. Wilcken, Deutsche Literaturzeitung, 1900, S. 2489. [Jetzt Nietzold, Die Ehe, S. 28.]

[2] Herr Dr. G. A. Gerhard, mit dem ich über diese Urkunde mich beraten, vermutet ἐν ἐ[νὶ] χάρτῃ.

Voraussetzungen, unter denen die ersteren zu erfolgen haben, nicht ganz klar sind. Die Absicht ging vor allen Dingen dahin, dem neuen Staatsarchiv, der Kaiser-Hadriansbibliothek (Ἁδριανή), gegenüber den Ortsbibliotheken des Ναναῖον gebührende Aufnahme zu verschaffen, wie denn alsbald der Aufseher des Ναναῖον angehalten wird, weder das placet zu geben, noch Einsicht zu gestatten, noch sonst etwas anzuordnen, bevor der Vorsteher des Hadrianum ihn dazu angewiesen[1]. Wie notwendig dieser Druck war, zeigt der in der folgenden Kolumne erhaltene Erlaß, welcher die Bestimmungen über das Hadrianum unter Strafandrohung in Erinnerung bringt. Es wird also durch den prinzipalen Erlaß gefordert, daß die Parteien ihre Urkunden im Staats- und dann im Gemeindearchiv registrieren und außerdem abschreiben lassen. Der Zweck ist ein finanzieller, ersichtlich aus B.U. 567 (vgl. Oxy. I S. 73 Note 8):

B.U. 567 (Z. 12—23). — Verzeichnis der registrierten Kontrakte, vom Monat Tybi. — Hinter (Macht:) der Betrag der Steuern, der am Monatsschlusse zusammengefaßt wird.

[Τῦβι α̅ ὁμολ(ογίας)] Λογγεινίας Νεμεσίλλης
Tybi am 1. — für Homologie: Ausstellerin L. N.
πρὸ(ς) Ἀουιλλ[ίαν] Ἀπολλωνείαν πρ(άσεως)
Destinatärin: Avillia Apollonia. (Gegenstand):
ἐλεόνω(ν) παραδ(είσων) (ἄρουραι) γ (δραχμαὶ) β.
Kauf von Ölgut und Garten. 3 Aruren. Macht 2 Dr.

Am 2.
[β̅ ὁμολ(ογίας) Ἰουλ]ίου Σ[ι]λβανο(ῦ)
Homologie. J. S.
πρὸ(ς) Λογγει[νί]α[ν] Νεμεσίλλαν ἀποχ(ῆς) (δραχμαί) δ´ (δρ) ϛ
L. N. Quittung über 4000 Dr. Macht 6 Dr.

Vom 3. bis
[γ̅ ἕως .̅. οὐδ]ὲν περιεγένετο.
nichts eingegangen.

Vom . bis 10.
[.̅ ἕως ι̅ οὐδὲ]ν περιεγένετο.
nichts eingegangen.

Am 11.
[ι̅α̅ ὁμολ(ογίας)] Φ[λαου]ίου Σαραπίωνο(ς)
πρὸ(ς) Φα[....]..α καὶ ἄλλο(ν) ἀποχ(ῆς) (δρ.)χμη (δρ.) α.
Quittung über 648 Dr. Macht 1 Dr.

---

[1] Mitteis S. 95.

Vom 12. bis 15.
[ι]β ἕως ιε οὐδὲν περιεγένετο.
nichts eingegangen.
Am 16.
ις δανείο(υ) Ἰ[ο]υλίο(υ) Σιλβανοῦ
Darlehen
πρὸ(ς) Παχ[νοῦβι]ν Π[ε]τεσούχ(ου) καὶ τὸν
und
ἀδε[λ]φὸν κριθ(ῆς) (ἀρτάβαι) ς. διώβολον.
Bruder. Gerste Artaben 6. Macht 2 Obolen.
Vom 17. bis 20.
ιζ ἕως κ οὐδὲν περιεγένετο.
nichts.
Am 21.
κα δανείο(υ) Μ[ε]νελάο(ου) Ζωίλου
Darlehen
πρὸ(ς) Παν[.....] υἱὸν Φάσιτο(ς)
(δραχμαὶ) ν. κριθ(ῆς) (ἀρτάβαι) η. διώβολον.
Dr. 50. Gerste Artaben 8. Macht 2 Obolen.
Vom 22. bis 25.
κβ ἕως κε οὐδὲν περιεγένετο.
nichts
Am 26.
κς ὁμολ(ογίας) Ο[ὐ]αλερίας Ναρκίσσης
πρό[ς] Ἡραΐ[δα]ν ἀπελευθ(έραν) ἀποχ(ῆς) τροφείων δρ. α.
Destinatär H. die Freigelassene. Quittung für Ammenlohn.
Macht eine Drachme.
Vom 27. bis 30.
[κ]ζ ἕως λ οὐ[δὲν] περιεγένετο.
nichts
Γίνοντ(αι) [τοῦ μη]νὸς (δρ.) / ι (τετρώβολον) αἳ καὶ διεγρ(άφησαν).
In Summa im Monat 10 Drachmen, 4 Obolen, die auch berichtigt sind.
(2 + 6 + 1 + 1 Drachmen, 2 + 2 Obolen).

Die Drachme ist hier zu 6 Obolen gerechnet (also, nach Mommsen[1], die des ägyptischen Billontetradrachmon der Kaiserzeit); sonst würde nicht eine Steuer von 2 und 4 Obolen für Gerstendarlehen vermerkt sein. Die beiden großen Quittungen

[1] Archiv I S. 272: „. . wird, wie es scheint, allgemein angenommen, daß die Drachme von 6 Obolen dem ägyptischen Kleingeldkupfer, die Drachme von 7 oder 7¼ Obolen dem Billontetradrachmon zugrunde liegt. Dies scheint mir irrig; vielmehr ist die Drachme von 6 Obolen die des ägyptischen Billontetradrachma der Kaiserzeit, die Drachme von 7 oder 7¼ Obolen die des römischen ägyptisch als Tetradrachmon gefaßten Denars.

stimmen im Betrage zu einander; auffallend ist, daß das Darlehen von Geld und Getreide nicht mehr Steuern trägt als das andere.

Man sieht, daß dieses Register nicht verfehlt, uns zugleich mit dem Namen der Kontrahenten und dem Gegenstand der Urkunde den fälligen und nach der Monatsabrechnung auch bezahlten Stempelbetrag namhaft zu machen. Dabei mag der Wunsch mitgewirkt haben, Fälschungen entgegenzutreten. Aber wir müssen weiter fragen, was denn nun die Rechtsfolge war, wenn die vom Präfekten vorgeschriebene Registrierung unterlassen wurde. Ich glaube, daß hierüber durch einen Leipziger Papyrus Klarheit geschaffen wird, der mir durch eine vorläufige Mitteilung von Mitteis bekannt ist. Er enthält eine Eingabe:

Pap. Lips. (Inventarnummer 72). Darlehen mit Pfand geht vorher, jetzt kommt die Bitte um Registrierung.

11 . . . μετηλλαχότος τοῦ πατρός [μ]ου
. . . da gestorben war mein Vater
12 [Αὐρη]λίου Ἥρωνος ἐπὶ κληρονόμοις ἀφ᾽ ἧς ἀπέλειπεν
A. H. beerbt (nach dem hinterlassenen
διαθήκης ῥωμαι-
Testament nach
(13) κ[ῆ]ς[1] τῷ ε (ἔτει) Θεοῦ Σεουήρου Ἀλεξάνδρου Μεχεὶρ τῇ
Römerrecht) vom 5. Jahr Divi Severi Alexandri Mechir
καὶ νομίμως λυθείσῃ[2] τῷ
welches auch legal eröffnet ward
14 . [(ἔτει) ὁμ]οίως μηνὶ Μεχεὶρ, ἐμοίτε τῇ θυγατρὶ αὐ-
. . . ebenfalls im Monat M.,) von mir seiner Tochter
τοῦ ἐκ μέρους ἡμίσους
zur Hälfte
15 τρ[ίτ]ου δωδεκάτου, τῷ δὲ θετῷ υἱῷ αὐτοῦ Μάρκῳ Αὐ-
+ 1/3 + 1/12 (= 11/12), dem angenommenen Sohn Markus
ρηλίῳ Σερήνῳ Ἰσιδώ-
Aurelius Serenus Isido-
16 ρο[υ ἐ]κ τοῦ λοιποῦ μέρους δωδ[εκ]άτου, καὶ ἔκτοτε ἀν-
rus aber zum restierenden Zwölftel, und von daher
τιποιησαμένη[ς μου][3]
ich an mich genommen habe

---

[1] Vgl. BU. 326, ein römisches Testament eines Veteranen.
[2] So der Papyrus statt des durch διαθήκης erforderten τῆς — λυθείσης.
[3] Ergänzung von Wilcken.

17 τ[οῦ] κατ' ἐμὲ μέρους ἡμίσους τ[ρί]του δωδεκάτου τῆς
die mich treffenden $^{11}/_{12}$
τῶν προκειμέν[ω]ν
der vorliegenden

18 [ἀρ]ο[υρ]ῶν καὶ τοῦ παραδείσου [κ]αρπείας ἀντὶ τῶν τοῦ
Morgen und der Gartenfrüchte zum Ersatz der
κεφαλαίου τόκων
Kapitalzinsen

19 κα[τὰ τ]ὸν προδεδηλωμένον [. .]ον[1] βούλομαι ἀπὸ τῆς
gemäß der vorbemerkten, so wünsche ich, daß
τρισσῆς ἀσφαλεί[ας]
von der dreifachen[2] Urkunde

20 μο[να]χὴν ἐν δημοσίῳ γεν[έσθα]ι διδοῦσα τῇ πόλει
ein Exemplar ins Gemeindeamt kommt, (indem ich gebe der Stadt
τά[ς] τε ὁρι[σ]θείσας το[ῦ]
sowohl die festgesetzten

21 μοναχοῦ (δραχμὰς) ιβ καὶ τὰ τοῦ τειμήματος τέλη
Drachmen 12 fürs Hauptexemplar und die Gefälle der Strafsumme)
καὶ ἀξιῶ ἀναλαβόντας[3] αὐ[τὴν]
und ich bitte, daß man einzieht diese Urkunde

22 ὑπογ[εγ]ραμμένην ὑπὸ τοῦ διεπεσταλμένου ὑπ' ἐμοῦ
(die da unterschrieben von dem ? ?[4] von mir
Αὐρηλίου Ἥ[ρωνος]
A. H.

23 π[ερὶ το]ῦ[5] εἶναι τὴν ὑπ' αὐτὴν ὑπογραφὴν ἰδιόγραφον
um zu beglaubigen, daß die Unterschrift unter ihr eigenhändig
τοῦ ὑπὲρ [τῆς]
von dem für die

24 Σαρ[αποῦτ]ος γράψαντος κυρίου ἐπιγραψαμένου ἀδελ-
S.[6] schreibenden, als Geschlechtsherr ihr zugeschriebenen Bru-
φοῦ αὐτῆς Σαραπίω —
ders von ihr S.)

25 ν[ος, συν]καταχωρίσαι αὐτὴν τῷδε τῷ ὑπομνήματ[ι] εἰ[ς]
und sie registriert mit dieser Eingabe in
τὴν Ἀδρ[ια]ν[ὴν]
die Hadrianische

---

[1] „Für [τρόπ]ον kein Raum, [ὅρ]ον durchaus möglich" Mitteis.
[2] In drei Exemplaren ausgestellt.
[3] Der Plural von Wilcken konstatiert; B.U. 717 liest man ἀναλαβόντα.
[4] bestallt?
[5] So Wilcken, vgl. BU. 717 περὶ τοῦ εἶναι.
[6] Die Gegnerin.

26 β[ι]βλ[ιοθή]κην, τὸ δὲ ἴσον ὑπόμνημα καὶ εἰς τὴ[ν] τοῦ
Bibliothek, die gleiche Eingabe auch in die

Ναναίου πρ[οστασίαν πρὸς το]
des Nanaion,

27 μένειν [μοι[1] τὰ ἀ]πὸ αὐτῆς δίκαια ὡς ἀπὸ δημοσίου
und bleiben sollen mir die Rechte von ihr, wie von einem öffentlichen

χρηματισμοῦ.
Schein.

Hier wird um Registrierung eines abschriftlich mitgeteilten Handscheines gebeten, und die Petentin ist bereit, die Stempeldrachmen zu zahlen eben wie die Strafsumme, welche offenbar um deswillen verfallen war, weil nicht zur rechten Zeit registriert wurde. Nehmen wir nun hinzu, daß in den ganz ähnlichen B.U. 578 und 717 die Petenten im Begriff stehen, die Klage zu erheben, daß in 578, 17 ausdrücklich steht, τῆς ἀναδόσεως μὴ γεγονυίης (Zahlung in Güte nicht zu erlangen ist), und im Anschluß an die Bitte um Registrierung es heißt: Petentin wünsche[2], συντάξαι γράψαι τῷ τῆς Ἡρακλείδου μ[ερίδος]
daß aufgegeben werde zu schreiben an den

τοῦ Ἀρσινοείτου στρατηγῷ μ[ε]τα[δο]θῆναι τούτου ἀντίγραφον
Schulzen, es möge zugestellt werden dieser Eingabe Abschrift

---

[1] [πρὸς τὸ] μένειν [μοι haben **Wilcken** und **Mitteis** gemeinschaftlich festgestellt.

[2] Lehrreich die soeben erscheinende Urkunde Pap. Oxyrhynchos III (Edd. Grenfell und Hunt), 485, ein Darlehen mit Pfand, und zwar mit lex commissaria; Z. 19 ff.: ἐὰν μὴ ἀποδῷ ἐν τῇ προθεσμίᾳ (sie den Verfalltermin für das Darlehen verstreichen läßt) μένειν περὶ ἐμὲ καὶ τοὺς παρ' ἐμοῦ μεταλημψομένους (für mich und meine Successorin) ἀντί τε τοῦ κεφαλαίου καὶ ὧν [ἐὰ]ν μὴ ἀπ[ο]δοῖ τόκων (statt Kapitals und restierender Zinsen) τὴν κράτησιν καὶ κυρείαν (Besitz und Eigen) τῆς ὑπαρχούσης αὐτῇ δούλης Σαραπιάδος (der der Schuldnerin gehörenden Sklavin S.). Dann Z. 27: τῆς δὲ προθεσμίας διελθούσης καὶ τῆς ἀποδόσεώς μοι μὴ γενομένης ἀξιῶ συντάξαι γράψαι τῷ τοῦ Ὀξυρυγχείτου στρ(ατηγῷ) ἐπιδοῦ(ναι) τούτου ἀντίγ(ραφον) τῇ Σ[αρα]πιάδι ἐὰν περιῇ, εἰ δὲ μή, κληρονόμοις [α]ὐ[τῆ]ς τελεί[ο]ις (ihr selbst, wenn sie noch lebt, sonst ihren Erben, soweit sie erwachsen sind), ἐὰν δὲ κα[ὶ] ἀφήλικ[ες] ὦσι, νομίμοις αὐτῶν ἐπιτρόποις ὧν τὰ ὀνόματα ἐπὶ τῶν [τό]πων δηλωθήσεται (wenn sie impuberes sind, ihren gesetzlichen Vormündern, deren Namen an Ort und Stelle klargelegt werden mögen — die Beklagte ist nicht aus der Stadt Oxyrhynchos, sondern aus Ψῶβθις, Hauptstadt der kleinen Oase), ιν εἰδῶσι καὶ ποιήσωνταί μοι τὴν ἀπόδοσιν (damit sie es wissen und mir die Rückgabe vornehmen) ἢ εἰδῶσι χρησόμε[νόν με]τοῖς ἁρμόζουσι περ[ὶ ἐ]μβαδείας νομίμοις ὡς καθήκει (oder wissen, daß ich Gebrauch machen werde von den mir behufs Ingression zustehenden Rechten). —

τῷ Ἰουλίῳ Μαρτιάλι, ὅπως ποιήσηταί μοι τὴν ἀπόδοσιν τοῦ
dem Julius Martialis, damit er mir leiste die Rückgabe
τε π[ροκειμέ]-
sowohl des vorliegenden
[νου κεφαλαίου] καὶ τῶν τόκω[ν, εἰ δὲ] μή, ἐσομένην μα τὴν π[ρᾶξιν]
Kapitals, als auch der Zinsen; — wo nicht, solle mir werden Beitreibung
ἐξ ὑπαρχόντω[ν αὐ]τοῦ, ἀφ' ὧν. ε . . . . ἐνεχυρασίας γραμμάτων . . .
aus seinem Vermögen, gemäß dem Hypothekenbrief.
[.]δ . . τὸ χειρόγρ(αφον) ἔχει μου π . [. . . . .]

daß also direkt mit den technischen Worten die Klagandrohung erfolgt, so werden wir darauf gewiesen, daß nicht registrierte Handscheine vor Gericht keinen Beweis machten und darum die Registrierung allemal dann nachgeholt werden mußte, wenn klar zum Gefecht gemacht wurde. Wer aber nachträglich registrieren ließ, mußte eine erhöhte Gebühr zahlen, und es wird das Rechtsverhältnis insofern praktisch ähnlich[1] dem gewesen sein, welches nach preußischem Recht bei Mietverträgen obwaltete, welche der Schriftlichkeit und darum der Stempelsteuer unterlagen. Der Handschein war unregistriert für die Klage unbrauchbar. Ließ man nachträglich registrieren, so mußte man die Gebühr und überdies die Kontraventionsstrafe zahlen. Eine ganz besondere Eigentümlichkeit ist die Übung, welche uns aus B.U. 578 wie Lips. 72 entgegentritt, daß nämlich die Urkunde noch außerdem unterzeichnet wird von dem Darlehensgeber, bevor sie zum Registrieren angemeldet wird. Zweck dieser auffallenden Unterzeichnung ist, die Eigenhändigkeit des Scheines als Chirographon des Darlehensempfängers zu bestätigen. In Pap. Lips. 72 ist diese, ὑπογραφή genannte, Bescheinigung erteilt von dem verstorbenen Vater und Erblasser der jetzigen Petentin, als von welchem die Urkunde ausgestellt worden war[2]. Und da diese umfangreiche Urkunde offenbar von dritter Hand geschrieben war, so wird die Eigenhändigkeit nur bescheinigt für die Unterschrift des Bruders und Geschlechtsvormundes der Ausstellerin. B.U. 578, 18 wird zu ergänzen sein ἀναλαβόντα ὑ[πογεγρ(αμμένην) . . . . .

[1] Nicht identisch: denn auch der nicht gestempelte Mietvertrag macht Beweis.

[2] Diese Bestätigung schrieb also ein vorsichtiger Mann sofort nach Empfang der Urkunde darunter.

ὑπ' ἐ]μοῦ[1]. Und in der Tat petitioniert hier Lucius Antonius Minor, der Darlehensgeber, gegen C. Julius Martialis, den Darlehensempfänger selber. Es sind also die Beteuerungen, die Urkunde solle gelten, wie wenn sie registriert wäre, protestationes factae contrariae, und Beglaubigung erhält die Urkunde nur dadurch, daß sie im Archiv registriert ist oder wird; vorher hat sie etwa den Wert, den mündliche Verträge über 50 Taler unter der Herrschaft des Landrechts hatten. Es ist nicht ohne Interesse, gegenüber diesem komplizierten Verfahren die Urkundsbeglaubigung zu verfolgen, wie sie in der Ptolemäerzeit üblich war. Hier wurden die Urkunden entweder, wie in römischer Zeit als Homologie, so hier als χρηματισμοί von dem Agoranomen gefertigt, oder privatim vor sechs Zeugen, deren einer zum συγγραφοφύλαξ[2] erkoren wurde, d. h. die Urkunde aufzubewahren, und, gegebenen Falles, vor Gericht zu produzieren hatte, wie uns denn die Zeugenschaft eines solchen συγγραφοφύλαξ in einer gerichtlichen Verhandlung erhalten ist, und auch die Andeutung, daß man sich vor dem Verwaltungsamt begnügen müsse mit einer Abschrift, weil der συγγραφοφύλαξ (und Inhaber des Originals) abwesend sei. Noch in römischer Zeit ist viel die Rede von einer ἑξαμάρτυρος ἀποχή, welche ausgestellt sein soll, doch niemals wirklich entgegentritt; es scheint, daß sich hier ptolemäische Übung, titular, ebenso erhalten hat, wie der ἀρχιδικαστής auch noch πρὸς τῇ ἐπιμελείᾳ τῶν χρηματιστῶν καὶ τῶν ἄλλων κριτηρίων sich nennen durfte, obwohl jenes Gericht der Chrematisten mit den Ptolemäern untergegangen war. Dagegen findet, wie Mitteis gesehen hat, auch die Registrierordonnanz von Oxy. 34 ihr ptolemäisches Vorbild in Pap. du Louvre, Notices et extraits 18, 2, 65 (p. 377). Doch welcher Unterschied! Die ptolemäische Einrichtung, zu dem Zwecke getroffen, von ägyptischen Verträgen glaubhafte griechische Transskriptionen zu gewinnen, und darum beschränkt auf die Forderung, daß die ägyptischen Verträge griechisch registriert und kopiert werden; das römische Edikt bemüht, Handscheine auf Treu und Glauben im allgemeinen zu entwerten und dem Staate die Registersteuer zu

[1] Statt ιμψ; der Papyrus läßt dies zu.
[2] Z. B. Amherst 43 i. f.

sichern! Jene ein Schutzzoll für griechische Verträge, diese ein reiner Finanzzoll. —

Hoffen wir, daß unser γεωργός imstande sein wird, die geschuldete Summe, wenn auch ratenweise, abzutragen, und daß ihm eine Quittung werden wird.

Sollte es anders kommen, sollte er die Zahlungstermine frustrieren, so hat er sogar den Schuldturm zu fürchten, wenn es ihm nicht gelingt, einen tauglichen Prozeßbürgen zu stellen, der in folgender Weise für ihn eintritt:

B.U. 581. (Dazu Wenger, Rechtshistorische Papyrusstudien S. 1 ff.)

[. . . . .] . . . [. . . .]υ.
5 ὀμνύω τὸν ἔθιμον Ῥωμαίων ὅρκον
schwöre ich den herkömmlichen Römereid,
ἑκουσίως καὶ αὐθαιρέτως ἐγγυᾶσθαι Σω-
freiwillig und selbsteigner Wahl: ich bürge für
κράτην υἱὸν Γαίου Οὐαλερίου Χαιρημο-
S. den Sohn von Gaius Valerius Ch.
νιανοῦ [ἀ]πὸ ἀμφόδου Θεσμοφορίου μο-
vom Quartier Th., für sein
νῆς καὶ ἐμφανείας, ὃν καὶ παραστήσωι — **(sic)**
Bleiben und Erscheinen, und ihn will ich auch gestellen
10 ὁπότε ἐ[ὰν?] ζητῆται. Ἐὰν δὲ μὴ παρίσ-
wann er geheischt wird. Wenn ich ihn aber nicht
τῶι, ἐγὼ ὁ αὐτὸ]ς ἐγβιβάσω τὰ πρὸς [αὐτὸ]ν
gestelle, so will ich selbst auf mich nehmen, was von ihm
ἐπιζη[τού]μενα, ἢ ἔνοχος εἴ[ην] τῷ ὅ[ρ]κωι
geheischt wird, oder will verfallen sein dem Eid.



HANDELSVERTRÄGE ZWISCHEN GENUA UND NARBONNE IM 12. UND 13. JAHRHUNDERT.



VON DR. J. KOHLER,
ORD. PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT BERLIN.



I.

Als ich zum Studium der Geschichte des Aktienrechts im Staatsarchiv von Genua einige der San Giorgio-Dokumente durchsah, stieß ich auf zwei Handelsverträge Genuas mit Narbonne, die sofort mein lebhaftes Interesse erregten, weshalb ich, da meine Zeit gemessen war, um Kopie dieser Verträge bat, die mir mit der größten Freundlichkeit gewährt wurde[1]. Das Studium dieser Verträge, welches auf Vaissete und den genuesischen Liber jurium führte, ließ mir einige Abschriften aus den Archiven von Narbonne wünschenswert erscheinen, welche mir Tissier, Archivist am dortigen Stadtarchiv, mit der äußersten Liebenswürdigkeit fertigte.

Ich war immer der Ansicht, daß zur Geschichte des Handelsrechts die Kenntnis der Geschichte des Handels selber wesentlich beiträgt, ja, daß jene in vielen Teilen erst durch diese recht verständlich wird. Dies gilt schon, was die materielle Grundlage des Handels betrifft, namentlich die Erzeugung der Stoffe und die industrielle Verarbeitung, womit wesentliche Rechtsinstitute verbunden zu sein pflegen; so aber auch, was die Mittel des Verkehrs, vor allem die Mittel des Transportes angeht: auch hier muß das Recht sich den verschiedenen Weisen der Überwindung der Ortsschranken anbequemen; selbstverständlich wird gerade die Seeschiffahrt zu besonderen eigenartigen Rechtssatzungen führen, und auch die Art ihres Betriebs muß wesentlich auf das Recht einwirken. Aber auch

[1] Die Verträge v. 1181, 1224, von denen unten die Rede ist, kamen auf folgende Weise in die Giorgiobände: Zwei Kaufleute aus Narbonne, Johannes Benedicti und Berengar Pauli, baten im Jahre 1330 um Ausfertigung der Verträge und Freiheiten, die zwiachen Genua und Narbonne bestanden und in den Registern der Stadt Genua enthaiten waren. Dies wurde ihnen gewährt, und es wurde eine notarieiie Urkunde errichtet, welche in die Giorgiobücher eingetragen wurde und die erwähnten Verträge umfaßt.

mit den geistigen Handelsbeziehungen steht das Handelsrecht in ständigem Wechselverkehr: so wird insbesondere das Bedürfnis der größeren oder geringeren Kapitalkraft zu besonderen Gesellschaftsformen führen, die größere oder geringere Sicherheit wird die verschiedenen Arten der Bürgschaft hervorrufen, und das Vertrauen, welches der Fremde im Lande genießt, und auch die Schwierigkeiten des Kredits werden zu den Kommissions- und Speditions- und anderen Verhältnissen Anlaß geben.

So dürfte denn eine Darstellung der Handelsbeziehungen der größten Seemacht Westitaliens zu Südfrankreich dem Handelsrechtforscher von wesentlicher Bedeutung sein; auch wird das Folgende zeigen, daß die Verträge und Vereinbarungen, welche der Verkehr mit sich führte, wesentliche rechtliche Beziehungen hatten, namentlich auch, was das Strandrecht, die Fremdengerichtsbarkeit betrifft; auch in staats- und völkerrechtlicher Beziehung sind die Urkunden von erheblicher Bedeutung.

Von diesen Urkunden kann ich leider des Raummangels wegen hier nur kurze Regesten geben und muß auf die vollständige Publikation der Arbeit in einer Zeitschrift verweisen.

1. Vertrag vom 1. Juni 1131, gedruckt im Liber jurium reipublicae Genuensis I nr. 31, p. 39. Gesandte des Erzbischofs Arnaldus und des Vizegrafen Aymericus von Narbonne kommen nach Genua und schließen einen Vertrag ab, worin die gegenseitigen Gewalttätigkeiten beglichen, Rechtshilfe zugesichert und den Genuesen gewisse Vorteile eingeräumt werden.

2. Vertrag vom 12. November 1166, gedruckt in Vaissete, Histoire de Languedoc VIII (chartes) nr. 1. Gesandte des Erzbischofs Poncius und der Vizegräfin Ermingard kommen nach Genua und schließen mit den Genueser Konsuln einen Friedens- und Handelsvertrag auf fünf Jahre, worin Rechtshilfe zugesichert und gegenseitige Handelsfreiheit gewährt, andererseits den Narbonnern bedeutende Schiffahrtsbeschränkungen auferlegt werden.

3. Handelsvertrag vom 1. und 13. Dezember 1181, Abschrift im Pergamentkodex I von S. Giorgio im Genueser Staatsarchiv; nach anderer Abschrift gedruckt im Liber jurium I nr. 337, p. 322: Vertrag zwischen der Vizegräfin Ermingard und den Konsuln von Genua, worin die

gegenseitigen Gewalttätigkeiten beglichen, Rechtshilfe gewährt, die Abgaben festgesetzt und gewisse Zusicherungen gemacht werden.

4. Erneuter Friedens- und Handelsvertrag vom 8. Oktober 1224, vollständigste Abschrift im Archiv von Narbonne, unvollständige im Pergamentkodex I von S. Giorgio; nach anderen unvollständigen Abschriften gedruckt im Liber jurium I nr. 613, p. 745 und im Inventaire des Archives de Narbonne, Annexes p. 13 f. Der Podesta von Genua, Andalo von Bononia, im Einverständnis mit dem erweiterten consilium, vereinbaren mit dem Erzbischof Arnaldus und dem Vizegrafen Aymericus die Erneuerung des Friedens- und Handelsvertrags mit einigen wichtigen Zusätzen.

5. Vertrag vom 9. Juni 1237, im Archiv von Narbonne. Der Podesta Oldradus Grossus in Genua erneuert mit Gesandten des Erzbischofs und des Vizegrafen von Narbonne die Handelsverträge von 1181, 1224 bezüglich der Abgaben; zugleich werden neue Erleichterungen gewährt.

6. Genueser Rechtssprüche vom 19. Juli 1235, 23. Mai 1243, vom 3. Oktober 1244; die ersten zwei in den Archiven von Narbonne, auch gedruckt im Inventaire des Archives de Narbonne, Annexes; der dritte nach Port, histoire du commerce de Narbonne p. 101 (aus der Doatschen Urkundensammlung). Hierin werden die Abgabenbegünstigungen der Narbonner anerkannt.

7. Erneuerung des Vertrags von 1224 nach manchen Zwischenfällen; und zwar 7a Urkunde vom 29. März 1278 aus den Archiven von Narbonne: die Narbonner ernennen Gesandte, um in Genua wegen der erfahrenen Unbilden zu reklamieren; 7b Erneuerungsvertrag vom 8. Juni 1279, aus den Archiven von Narbonne, auch gedruckt im Inventaire des Archives de Narbonne, Annexes. Der Vertrag ist abgeschlossen zwischen dem Podesta Guilelmus Brunus und den Capitanei Obertus Spinula und Obertus Aurie von Genua einerseits und den Konsuln und consiliarii von Narbonne anderseits (welche die Ratifikation des Erzbischofs und des Vizegrafen Aymericus beizubringen versprechen).

Beizufügen ist 8., daß die alten Verträge nach einer Notiz von Port (aus der Sammlung Doat) am 16. September 1306 erneuert worden sind.

Zu erwähnen ist 9., daß am 7. Januar 1330 (während der Fremdherrschaft über Genua) Isnardus Restagni, der

gambellarius des Königs von Neapel, als capitaneus der Stadt auf Ersuchen von Narbonner Kaufleuten die Verträge von 1181 und 1224 aus den Registern von Genua abschreiben ließ (oben S. 275 Anm.).

Dazu kommt 10. vergleichshalber ein Handels- und Friedensvertrag zwischen Genua und Karl von Anjou, als Grafen von Provence, vom 18. Juni 1276, der sich bei Papon, histoire générale de la Provence III, Preuves nr. 16 abgedruckt findet.

II.

§ 1.

Die Friedensverträge zwischen Genua und Narbonne reichen bis in das Jahr 1131 zurück. Von da an setzen sich die Beziehungen fort und lassen sich bis zu Anfang des 14. Jahrhunderts verfolgen. Immer wieder treten kleine oder größere Mißhelligkeiten ein, es kommen Gesandte von Narbonne nach Genua[1], oder auch von Genua nach Narbonne, und die Angelegenheiten werden vertragsmäßig beglichen. Zunächst handelt es sich hier jeweils um Unbillhandlungen zur See, wegen welcher sich die eine Stadt bei der anderen beklagt. Sodann kommen die Zoll- und Hafenabgaben in Frage, und schließlich spielt die Rechtshilfe, welche die Mitglieder der einen Stadt bei der anderen finden, eine große Rolle. Die Mißhelligkeiten, welche aus seeräuberischen Handlungen und Untaten gegen fremde Schiffe hervorgehen, werden gewöhnlich durch eine Summe begütigt, die aber vielfach nicht ausbezahlt, sondern in sonstiger Weise wettgemacht wird. Im Vertrage von 1131 wird den Genuesen infolge dessen, weil Narbonne Vergütung zu leisten hätte, ein dritter Teil der Zölle und Hafenabgaben (usaticum, lezeda = leuda) erlassen, und in den Verträgen von 1181 und 1224 wird eine bestimmte Summe als Schadensumme angenommen und diese in der Art vergütet, daß die Handeltreibenden von Genua in Narbonne, die von Narbonne in Genua so lange eine Abgabe (5 solidi) zu zahlen hätten, bis die

[1] Die Gesandten Narbonnes v. 1224 sind Wilhelm Peyre (Petri) und Bernhardus Leonis, welche in jenem Jahre auch eine Reihe von Städten Südfrankreichs bereisten, um hier Handelsverträge abzuschließen. Sie trafen in Hyères, Toulon, Marseille und schließlich in Genua ein, wo dann der Vertrag vom 8. Oktober 1224 zu stande kam. Vgl. Port, Essai sur l'histoire du commerce maritime de Narbonne, (Paris 1854), p. 27f., 98f.

Summe vollständig erledigt sei: dann solle die Abgabe aufhören. Es wurde auch zugesichert, daß anderwärtige Auflagen nicht gemacht werden, mit Ausnahme von ganz bestimmten Abgaben, und dementsprechend wird auch in Richtersprüchen in Genua erkannt und die Narbonner Leute werden von weitergehenden Lasten freigesprochen. Auf diese Weise gestaltet sich das Handelsverhältnis in den Verträgen von 1131, 1166, 1181, 1224 und in der Erneuerung des letztern von 1279, und dem entsprechen auch die Genueser Rechtssprüche von 1235, 1243 und 1244.

Der Vertrag von 1166 versetzt uns völlig in jene bewegten Zeiten, als Genua um die Handelsherrschaft mit Pisa stritt; denn noch waren es über 100 Jahre heißen Kampfes, bis Pisa in der Schlacht von Meloria (1285) so sehr aufs Haupt geschlagen wurde, daß es sich nicht mehr erholte; worauf die Stadt an dem Leiter der Schlacht, an Ugolino, jene weltbekannte entsetzliche Rache nahm. An der Südküste von Gallien wurden manche dieser Kämpfe zwischen den beiden Rivalen ausgefochten, und sie buhlten um die Gunst der dortigen Herrscher. Im Jahre 1165 waren die Genuesen bei S. Gilles von den Pisanern geschlagen worden; der Graf Raimund von Toulouse, den sie für ihren Verbündeten hielten, hatte sie schmählich im Stich gelassen. Auch Montpellier war mit Genua schwer verfeindet, und so wandte man sein Auge auf Narbonne, und bereits im Jahre 1166 schlossen die Genuesen mit dieser Stadt (mit der Vizegräfin Ermingard) ein Schutz- und Trutzbündnis auf fünf Jahre; was allerdings die Stadt Narbonne nicht hinderte, einen ganz ähnlichen Vertrag im Jahre 1173 mit Pisa, dem Erbfeinde Genuas, einzugehen[1].

Mit dem Vertrage von 1166 war also nur ein vorläufiges Abkommen erzielt, und die Genuesen waren umsomehr auf weitere Bündnisse mit Narbonne angewiesen, als sie auch in der Folgezeit mit anderen Küstenstädten Südfrankreichs in heftiger Feindschaft lebten und die Provence und Montpellier mit steten Raubzügen heimsuchten, so daß sie vom Papst Alexander III. im Jahre 1168 energisch ermahnt wurden, ihre Feindseligkeiten einzustellen. So schloß Genua im Jahre 1181 einen weiteren Vertrag mit Ermingard ab, worin der vielen Beschwerden gedacht wurde, die man gegenseitig erhob, und Abhilfe geschaffen werden sollte.

---

[1] Vgl. Vaissete, VI, p. 14f., 58f., VIII, Nr. 1, IX, p. 1178.

Der Vertrag von 1166 hat wichtige und eigenartige Bestimmungen. Diese sind größtenteils völkerrechtlichen Gepräges. Er legt den Narbonnern verschiedene wichtige Beschränkungen in der Seefahrt auf. Sie dürfen insbesondere, solange der Krieg mit Pisa dauert, keinen Pisaner oder seine Ware auf ihre Schiffe nehmen, ja, auch keine sonstigen Fremden, außer mit Genehmigung der Genueser Regierung. Einmal im Jahre dürfen sie Pilger in ihren Schiffen geleiten, natürlich nach Jerusalem, denn zweimal im Jahre pflegten damals die berühmten Wallfahrten ins Gelobte Land veranstaltet zu werden; aber auch dies nicht mit Schiffen der Hospitaliter oder Templer, die sich für die Jerusalemfahrten gewisse Vorrechte angemaßt zu haben scheinen; es dürfen auch keine Leute von Montpellier und von St. Gilles sein und keine solche von einer der Provenzer Städte von der Rhône bis Nizza, und die Pilger dürfen nicht zu gleicher Zeit Handel treiben. Dagegen sollen die Narbonner andererseits mit ihren Schiffen beliebig in See stechen und auf der Rückfahrt Fremde mit sich führen dürfen, nur keine Pisaner, solange der Krieg mit Pisa dauert. In Genua selbst sollen die Narbonner unbeschränkt Handel treiben dürfen, nur nicht mit Waffen für die Sarazener. Von den obigen Verboten ausgenommen ist es, wenn Personen zum Loskauf von Gefangenen mitreisen, welcher Zweck aber eidlich bekräftet werden muß. Auch die conductus necessarii sollen gestattet sein, vorausgesetzt, daß nicht mehr als 10 libre an Waren mitgenommen werden. Doch auch hier wird Montpellier und noch mehr St. Gilles ausgenommen.

Noch zwei Bestimmungen sind wichtig: das völkerrechtliche Bündnis soll die Narbonner nicht in den Streit zwischen Genua und Pisa hineinziehen; was die Genuesen den Pisanern antun, berührt Narbonne nicht, soweit nicht Narbonner Gut mit beteiligt ist, und für die Genueser Schulden und Verschuldungen soll Narbonne nicht aufkommen.

Sodann wird den Narbonnern das volle Recht zuerkannt, mit den Genuesen Handelsgesellschaften zu bilden und so vereint Geschäfte zu treiben[1].

Man sieht daraus, mit welcher Übermacht damals die Genuesen den Handel im Mittelmeer zu monopolisieren und die

[1] Über diesen Vertrag vgl. auch das mehrfach erwähnte Werk von Port, Essai sur l'histoire du commerce maritime de Narbonne.

übrigen Städte niederzudrücken trachteten. In den Verträgen von 1181 f. findet sich nichts mehr Derartiges. Genua scheint viel zu sehr mit den übrigen Mächten beschäftigt gewesen zu sein, als daß es ihm gelungen wäre, diese außerordentlichen Anforderungen weiter durchzuführen[1]. Die künftigen Verträge halten sich in den Schranken der gewöhnlichen Friedens- und Handelsverträge und lassen ab, derartige Staatsdienstbarkeiten und Staatsbelastungen von Narbonne in Anspruch zu nehmen. Die Blütezeit Narbonnes und seines Handels war gekommen, und Genua mußte zufrieden sein, mit dieser Stadt in Eintracht zu leben und auf solche Weise seinen Rücken gedeckt zu halten.

Doch darin klingen die Handelskämpfe jener Tage nach, daß nach dem Vertrag von 1224 die Feinde Genuas, welche immer und immer wieder Pisa unterstützten, nämlich Marseille, Montpellier und Saint Gilles an dem Vorteil des Genueser Handels auch nicht indirekt teilnehmen sollten. Insbesondere sollten die Narbonner Handelsleute die Zeuge, das Eisen und den Stahl, den sie aus Genua bezogen, an niemanden aus diesen drei Städten verkaufen; ja, es sollten jedes Jahr die Narbonner Händler schwören, daß sie diese Gegenstände nur für sich, nicht als Zwischenhändler für diese drei feindseligen Städte erwerben und sie an niemanden aus diesem Feindesland verkaufen und abgeben wollten.

Im Jahre 1278 waren die Verhältnisse zwischen beiden Städten wieder sehr gespannt. Die Genuesen scheinen es in ihren Seeräubereien etwas toll getrieben zu haben. Eine große Zahl von Narbonner Bürgern, darunter auch Waisen, traten als Verletzte auf, und 1278 wurden Bernardus Inardus und Guillelmus Arnaldi de Trullaribus nach Genua geschickt, um dort Genugtuung zu erlangen und die Schuldigen zur Verantwortung zu ziehen; sie scheinen dort mit Aufhebung der Verträge gedroht zu haben, und die Narbonner Regierung gestattete wieder laudes (Wiedervergeltung) und repressalia gegen Genua. Daraufhin lenkte Genua ein und schickte 1279 die Gesandten Ansaldus Ceba und Guillelmus de Turre

[1] Man suchte auch mit den alten Feinden Montpellier und Marseille zur Ruhe zu kommen. Im Jahre 1201 schloß Genua einen Vertrag mit Montpellier ab, wobei vorbehalten wurde, daß dieses sich nicht mit Pisa verbinden solle (Vaissete VI, p. 195). Im Jahre 1211 verzeichnen die Genueser Annalen einen Vertrag mit Marseille auf 21 Jahre, während am 12. Dezember 1212 Arles mit Pisa eine Liga auf 25 Jahre einging. Vgl. Papon, Histoire générale de la Provence, II, p. 295.

nach Narbonne, welche die Eintracht vermittelten und den Handelsvertrag von 1224 wieder herstellten. Eine weitere Erneuerung erfolgte im Jahre 1306.

§ 2.

Ganz besonders tritt überall in den Handelsverträgen der Grundsatz hervor, daß einem notleidenden Schiffe geholfen, mit anderen Worten, daß kein Strandraub ausgeübt, sondern den in Gefahr befindlichen Seeleuten Beistand geleistet werden solle. Das entspricht vollkommen dem Grundsatze, welchen Narbonne bereits im Jahre 1112 aufgestellt hatte. Es ist sicher, daß Narbonne zu den ersten Staaten gehört, welche Verbote gegen den Strandraub erließen[1]. Es geschah dies in einer Verordnung vom Jahre 1112, die bei Valssete V 444 (CCCLIX) p. 830 abgedruckt ist und folgendermaßen lautet:

Manifestum est omnibus hominibus, quantas calamitates quantaque pericula sustineant, qui procellosi maris fluctibus se committunt. Contingit enim eis aliquando ire in captivitatem subitaneam, incurrere mortem, perdere substantiam, doloribus et aerumnis plenam miserabiliter traducere vitam, latum mare pervagando, et tamen quiescere non possunt, quia unde vivant aliud operari nesciunt. Cumque post multa hujusmodi discrimina gaudent venientes ad litus, se quomodo evasisse et scilicet se existimant multotiens, si ventorum impulsi diruptis navibus cum bis, quae eripere valent, tempestates fugiunt. De quibus videlicet naufragis nequissima nostris in partibus consuetudo inolevit, ut, cum eis tale malum evenerit, potestates et incolae terrae bona eorum diripiant, et si quid eripiunt tollant, et substantiam quam tot doloribus isti acquisierant illi suis utilitatibus applicent et saevitiam elementi sua iniquitate superant. Hanc autem maliciam videntes Ricardus Narbonensis archiepiscopus[2] et ejusdem civitatis vicecomes Aymericus[3] et ceteri barones terre, atque consilio omnipotentis Dei et ejus gratia inspirati, considerantes, quantum malum quantaque avaricia esset, clementissimo Deo et omnibus fidelibus ejus donaverunt, laxaverunt et guirpierunt sine fraude, ut numquam ulterius de hujusmodi naufragiis aliquid apprebendant aliquo modo per se nec per suos nec aliquis eorum consensu, sed naves fractae et pecunia, qualiacumque sit, in potestatem redigatur eorum, quorum juris esse cognoscetur. Et si ipsi, qui laboraverint in naufragio, perierint, reddantur omnia, quae inventa fuerint, heredibus eorum et propinquis, cum venerint, unde-

---

[1] Vgl. dazu Port, Essai sur l'histoire du commerce maritime de Narbonne, p. 41 f.

[2] Über Erzbischof Richardus vgl. Besse, Histoire des ducs de Narbonne p. 296 f. Es ist derselbe, der am 26. November 1112 den Vertrag mit Aymericus abschließt (unten S. 286) und sich 1119 wegen Verletzung des Vertrags bitter beschwert (unten S. 284).

[3] Aymericus II. (1105—1134) unten S. 286.

quumque sint, sine cujusquam contradictione, et habeant inde faciendi, quod voluerint, facultatem. Sicut superius scriptum est, sic laudaverunt et promiserunt Domino Deo predicti viri, et pre ceteris Ricardus predictus archiepiscopus sub excommunicatione firmavit et anathematis vinculo auctoritate omnipotentis Dei alligavit eum, qui hujusmodi decreti violator maligna ductus cupiditate esse voluerit, cujuscumque dignitatis aut ordinis fuerit, donec digna satisfactione resipiscat. Si vero quod contingeret, ut archiepiscopus vel vicecomes per se vel per suos hoc nostrum stabilimentum destruere presumpserit, ego Ricardus suprascriptus excommunico et anathematizo eum, seu ille, qui per contrarium transgressoris partem suam hoc est medietatem acceperit, non teneatur excommunicatione, donec prevaricator emendet; post emendationem si tenuerit, excommunicationi subjiciatur. Sed si de Sarracenis fuerit naufragium, dividatur per medium inter archiepiscopum et vicecomitem, qualecumque fuerit. Ita laudamus et firmamus nos supradicti et successoribus nostris tenendum perpetuo mandamus in remissionem peccatorum. Et si mercatores volentes furari lesdas[1] transierint et eis evenerit naufragium, emendent lesdas per furtum, et alia omnia recuperent. Facta est laxatio ista VIII kalendas novembris, feria VI, luna I, anno ab Incarnatione Domini MCXII, regnante Ludovigo rege, sub testibus Atone et Guillelmo monachis et Guillelmo Raymundi de Redorta et Berengario Stephani et Petro Bernardi de Narbona et multis aliis. Ricardus archiepiscopus firmat. Aymericus vicecomes firmat.

So also bereits 1112, lang vor dem 3. Lateranensischen Konzil und über 100 Jahre vor der Authentica Friedrichs II.! Entsprechend heißt es auch in den Gewohnheitsrechten Narbonnes von 1232:

de naufragiis aliquid rapientes anathematis vinculo feriantur juxta antiquum decretum venerabilis patris D. Ricardi Narbonensis archiepiscopi, et nihilominus puniantur legitime[2].

So findet sich bereits im Vertrag von 1131 der Satz, daß, wenn ein Genueser Schiff auf dem Meer, auf dem Fluß oder in stagno, also in einem der Zwischengewässer, Schiffbruch erleidet, die Narbonner verpflichtet seien,

eos salvare et securos habere, personas et res eorum in sua potestate bona fide sine fraude ad proficuum Januensium.

Ebenso 1166:

tenebimur eis bona fide conferre ad personas et res salvandas.

Desgleichen 1181:

quos omnes in mari et terra atque fluminibus integros et naufragos salvos et securos in rebus et personis habere et nullum eis dampnum vel injuriam inferre, sed pocius manutenere et salvare.

Ebenso fast wörtlich gleichlautend Vertrag von 1224 und 1279.

[1] Über lesda s. unten S. 284.

[2] Zitiert von Port, p. 143, Note 3, aus der Manuskriptsammlung Doat, Tome 50, p. 77 f.

§ 3.

Ein Hauptbestreben beider Städte war natürlich, ohne zu große Belästigungen Handel treiben zu dürfen, in welcher Beziehung die Verträge von 1131, 1181 f. die nötigen Zusicherungen machen, und die wichtigste dieser Zusicherungen ist, daß nicht nur die Handeltreibenden zugelassen, sondern ihre Tätigkeit nicht mit zu großen Auflagen belegt und ihnen der Handel nicht dadurch uneinträglich gemacht werden solle. Die Abgaben werden in 1131 bezeichnet als usaticum und lezeda. Lezeda-lezda-leuda ist die Hafenabgabe: Schiffe, die in den Gewässern bei Narbonne einliefen, und insbesondere die, welche hier in der stürmischen See Schutz suchten, hatten die leuda zu entrichten. Wer sie verweigerte, hatte zu gewärtigen, daß Schiff und Ware festgehalten wurden (oben S. 283). Dieses Recht gab Anlaß zu vielen Beschwerden und Streitigkeiten und wurde erst Anfang des 14. Jahrhunderts aufgehoben. Die Genuesen werden im Jahre 1131 dadurch begünstigt, daß usaticum und leuda auf ein drittel des gewöhnlichen Betrages gemindert wird. Im Vertrage von 1181 wird die bereits erwähnte Summe von fünf solidi für jeden Kaufmann und Schiffsmann, der von Narbonne nach Genua und von Genua nach Narbonne kommt, festgesetzt und im Vertrage von 1224 festgehalten. Außerdem haben von 1224 an die Narbonner einen Zoll für Getreide (biava), für Fleisch, Käse, Öl zu entrichten, während sie Eisen, Stahl und Barchent ohne Belastung ausführen dürfen. Der erwähnte Zoll wird im Jahre 1237 als drei solidi für das jetzige Podestat bezeichnet, für die Zukunft aber vermindert. Die Genuesen dagegen sollten in Narbonne von Abgaben völlig frei sein, von der leuda, wie von der robina, wie dies in 1237 ausdrücklich ausgesprochen wird. Die robina-Abgabe ist offenbar eine Abgabe für Benutzung des Robine-Kanals, der Narbonne mit dem Meer verbindet.

Daß die lezda oder leuda auch Streitgegenstand zwischen dem Vizegrafen und dem Erzbischof war, ergibt eine Urkunde von 1119, worin sich der Erzbischof über seinen Regierungsgenossen schwer beklagt. Bezüglich der lezda heißt es:

Denique tunc proclamavi ei lezdas, quas fraudulenter et violenter sicut audistis michi abstulerat, et portum et medietatem mensis octobris de tercio salis, que duo numquam aliquo modo diffinivi, set sub clamore in placito retinui. Sicut superius scriptum est, sic tractavit me, qui fidelitatem juraverat ecclesie et mihi et hominium fecerat et

totum honorem ecclesie integriter et fideliter se servaturum jurando spoponderat[1].

Eine weitere wichtige Bestimmung der Verträge bezieht sich auf das Prozeßrecht. Der Genuese soll in Narbonne, der Narbonner in Genua volles Recht finden, und insbesondere soll die Gerichtsbarkeit nicht verzögert werden. Nach 1131 sollen die Genueser Gerichte, wenn ein Narbonner dortselbst Klage erhebt, ihm ebenso Gehör schenken wie auf die Klage eines Genuesen: ebenso soll, wenn ein Narbonner einen Genuesen verletzt, die Narbonner Regierung dafür sorgen, daß in 40 Tagen vom Übeltäter Ersatz erfolge. Nach dem Vertrag von 1166 soll die Narbonner Regierung und ihre Gerichte, wenn ein Genuese, mit Brief der Genueser Regierung versehen, auftritt, diese Streitsache innerhalb 40 Tagen erledigen; auch Vertragsstrafen sollen in Betracht kommen, nicht aber sonstige Strafen (sondern nur Erfüllung oder Ersatz). Im Vertrag von 1181 ist vorgesehen, daß Beschwerden von Genuesen in Narbonne und von Narbonnern in Genua in 20 Tagen verbeschieden werden sollen, und das gleiche besagt der Vertrag von 1224. Dabei wird allerdings vorgesehen, daß die Gerichtspflicht wie die völkerrechtliche Pflicht eine Ausnahme erleide, justo dei impedimento (1166, 1181, 1224): die Unmöglichkeit muß entschuldigen. Außerdem sollen natürlich die für den Prozeß nötigen Befristungen gelten (dilationes legitime prestande); und soweit der Kläger selber den Verzug verursacht (conquerentis licentia), ist Staat und Gericht außer Verantwortung.

§ 4.

Die Hauptausfuhrprodukte aus Südfrankreich waren Öl, Wein, Getreide nebst Fleisch und Käse. Auch Woll- und Tuchindustrie blühte in Narbonne, wenigstens in späterer Zeit[2]; in unseren Verträgen tritt sie noch nicht hervor, umgekehrt bezogen die Narbonner aus Genua Barchent (fustanei), Eisen (ferrum) und Stahl (azarium), wie dies namentlich aus den Urkunden von 1224 und 1237 hervorgeht.

§ 5.

Die Urkunden zeigen uns die staatsrechtliche Entwickelung beider Städte während fast zwei Jahrhunderten. In Narbonne

[1] Bei Vaissete V Nr. 461 (CCCLXXV) p. 860, 864.
[2] Vgl. darüber Schulte, Geschichte des mittelalterlichen Handels und Verkehrs I, S. 116, 128, 698.

hatte sich im 12. Jahrhundert die Vizegrafschaft schon längst entwickelt. Ja, sie läßt sich bis in das 10. Jahrhundert hinein verfolgen. Wir finden hier Raimund I., 966—1023, Raimund Berengar 1023—1067, Pierre 1070—1085, und darauf folgt Aymericus I., 1080—1105 (fünf Jahre lang hat ihm Pierre die Herrschaft bestritten), Aymericus II., 1105—1134, Alphons, 1134—1143 und sodann die hochberühmte Ermengard, 1143—1192, Lara, 1192—1194, Aymericus III., 1194 — 1239, Aymericus IV., 1239—1270, dann (längere Zeit im Streit) Aymericus V. und Amalricus, 1270—1290, Aymericus VI., 1290—1311[1]. Das Vizekomitat war natürlich auch hier entstanden, als das größere Gebiet zu einer Grafschaft vereinigt wurde, so daß die Herrscher kleiner Gebiete sich als unter diesem Grafen stehende Vizegrafen zu betrachten hatten[2].

Eigenartig aber ist in Narbonne die Mitregierung der Erzbischöfe, welche schon von altersher eine Mitherrschaft und einen Anteil an den städtischen Einnahmen beanspruchten. Dies führte zu unaufhörlichen Streitigkeiten. Stets wußten die Erzbischöfe sich zu behaupten; die Vizegrafen huldigten ihnen, und auch völkerrechtlich treten sie hervor. Schon im Jahre 1112 kommt zwischen dem Erzbischof Richardus und dem Vizegrafen Aymericus II. ein Eintrachtsvertrag zustande. Schon im Jahre 1131 ist der Erzbischof Arnaldus Mitkontrahent des Vertrages (es ist Arnaldus von Leues, der am 30. September 1149 starb)[3], und so in den späteren Verträgen. Der erwähnte Eintrachtsvertrag vom 26. November 1112 ist so charakteristisch, daß er hiermit folgen soll[4].

In Dei nomine. Pateat, etc. diu fuisse magnam contentionem inter dominum Richardum Narbonensem archiepiscopum et dominum Aymericum ejusdem civitatis vicecomitem, unde venientes ad finem multis presentibus clericis atque laicis, auditis prius utriusque partis querimoniis et responsionibus, fecerunt inde bonam pacem atque concordiam sicut superius scriptum est. De tertio salis habeat archiepiscopus medietatem sine alicujus blandimento cum omni libertate, ita ut aliquis homo de parte ipsius preter suum assensum nullam faciat condonationem. Mensem autem octobrium habeat vececomes et non possit eum mutare, neque liceat aliqui in hoc mense sal inde abstrahere

[1] Vaissete, Hist. de Languedoc VII p. 399f.; Besse, Histoire des ducs de Narbonne (1660) p. 315f.

[2] Wie in der Provence, wo wir um dieselbe Zeit Vizegrafen finden, in Marseille vielleicht um 965, in Fréjus um 1035, in Sisteron um 1057, in Avignon um 1060 u. a. Vgl. Kiener, Verfassungsgeschichte der Provence S. 123, 271f.

[3] Besse, Histoire des ducs de Narbonne p. 315.

[4] Nach Vaissete, V m. 445 (CCCLX) p. 831.

nisi generali venditione aut donatione. De salinis a via, que discurrit de villa Judaica versus Narbonam a sinistra parte, habeat archiepiscopus veteres in dominio et novas habeant per medium archiepiscopus et vicecomes presentes et futuras. Et si qui fevales in parte archiepiscopi evenerint, et ejiciat eos Aymericus et habeat in sua parte et archiepiscopus habeat suam partem liberam. Salarium autem, ubi sal venditur, habeant in communi Aymericus et archiepiscopus; et habeat bajulus archiepiscopi potestatem in eo sicut bajulus vicecomitis. Terram de bosco requirat archiepiscopus, et Aymericus non sit defensor alicui contra eum. Molendina destructa numquam amplius construetur, etc. Beuraticum habeat Aymericus in sexto anno, sicut antiquitus habuerunt antecessores ejus, videlicet de unaquaque opera plenaria XLIV sestarios ad justam mensuram mercati: opera vero plenaria est de CXX areis, et de aliis similiter secundum modum uniuscujusque. Justitias autem omnium clericorum Narbonensis archiepiscopatus sive infra sive extra Narbonam habeat archiepiscopus libere et de laicis omnes justicias in omni honore sancti Justi et Pastoris et sancti Pauli et in illo, quem tenent omnes homines per eos. In Narbonam quoque habeat archiepiscopus justitias omnes in familia suae domus et canonicae Sancti Justi et Sancti Pauli et Sanctae Mariae. De aliis vero laicis, qui sunt in civitate sive in burgo, habeat Aymericus justicias adulteriorum et homicidarum, tali modo ut honorem sive pecuniam, quae fuerint super archiepiscopum propter hoc, non invadat nec inde aliquid accipiat aliquo modo per se nec per suos, sed si ad eum se clamaverit maritus de uxore aut uxor de marito, accipiat inde Aymericus fidancias, et postquam legitime comprobati fuerint, faciat justitiam in personis tantum[1]. Ii vero, qui in adulteriis reperti fuerint vel capti, nullam penam sustinere cogantur, donec legitimo judicio comprobentur. De homicidarum personis faciat vindictam secundum modum culpae, postquam judicati fuerint legitime. Comprobationes vero et judicia fiant in curia vicecomitis, presente archiepiscopo vel bajulo ejus, si adesse voluerint; et sicut supradictum est, propter homicidia vel adulteria non invadat vicecomes honorem archiepiscopi nec inde aliquid abstrahat. Et si homines vicecomitis comprehenderint homines archiepiscopi injuste, et ipsi potuerint se defendere per rationem (et) faciat vicecomes de ipsis rectum archiepiscopo in curia archiepiscopi. Alias vero justitias omnes, exceptis supradictis duabus, habeat archiepiscopus in omni honore suo sive infra sive extra Narbonam. De turribus et de mansis civitatis, unde conqueritur archiepiscopus, eligantur probi viri utriusque curiae fideles, qui pacem et concordiam velint inter archiepiscopum et vicecomitem, et veniant fevales ante eorum presentiam, et auditis rationibus faciant, quod ipsi judicaverint. Fevalibus archiepiscopi emendet per eum Aymericus injurias, quas eis facit. Portum vero et medietatem supradicti mensis octobris non diffiniet archiepiscopus nec guirpiet, sed clamabit se per mercedem Aymerico, et si Aymericus noluerit guirpire, non faciet archiepiscopus ei guerram nec excommunicationem nec perdet propter hoc Aymericus amorem

[1] Also das Friedensgeld soll an den Erzbischof fallen; dem Grafen steht die poena sanguinis zu, die der Bischof nicht ausübt. Es ergibt sich daraus, daß auch der Ehebruch des Ehemannes bestraft wurde. Ein Tötungsrecht des Ehemannes wird nicht mehr anerkannt.

archiepiscopi. Sicut superius scriptum est, ista diffinio, laxo atque evacuo ad integrum ego Aymericus vececomes tibi Richardo archiepiscopo Narbonensi. Facta scriptura diffinitionis VI calendas decembris, anno dominicae Incarnationis CXII post M. S. Aymericus vececomes qui hanc scripturam fieri jussi firmarique rogavi. S. Ugonis abbatis Sancti Pauli. S. Bernardi Raynardi archilevitae. S. Ademarii archilevitae.

Im übrigen ergeben die einzelnen Verträge folgendes:

Der Vizegraf Aymericus, der im Vertrage von 1131 auftritt, ist Aymericus II.

In den wichtigen Urkunden von 1166 und 1181 treffen wir den Namen der Ermingard, die während fast 50 Jahre die Geschicke Narbonnes lenkte und im Jahre 1192 die Herrschaft an ihren Neffen Peter von Lara abtrat, der dann seinerseits wieder seinen ersten Sohn Aymericus zum Nachfolger ernannte. Wir finden in jener Zeit wenig Namen so häufig in den Urkunden der Languedoc wie den der Vice-Cometissa Ermingard, so in einer Urkunde von 1143 (Vaissete V Nr. 656), von 1151 (Vaissete V Nr. 587), von 1153 (V Nr. 591, IV), von 1154 (V Nr. 599), von 1155 (V Nr. 606), von 1158 (V Nr. 626), von 1159 (V Nr. 633, I), von 1163 (V Nr. 651, 653, 654, 655, 656), von 1164 (V Nr. 661), von 1166 (Vaissete VIII, 1), von 1167 (VIII, 5), von 1171 (VIII, 7, VIII, 11), von 1174 (VIII, 22), von 1188 (VIII, 62). Bald erscheint sie in Regierungsakten, bald in Verfügungen privater Art, bald als Richterin oder als Zeugin zur Bestätigung von Rechtsgeschäften.

Die Verträge von 1224 und 1237 sind mit dem Vizegrafen Aymericus III. abgeschlossen (1194—1239), dem Sohn des genannten Peter von Lara, und bei dem Vertrag handelt der Erzbischof Arnaldus (Arnaut) von Narbonne mit. Er war Erzbischof seit 1212, also in jener Zeit, die durch die furchtbaren Wirren der Albigenserkriege gekennzeichnet war. Auf solche Weise einerseits in Gegensatz zu dem Vizegrafen von Narbonne, andererseits in Gegensatz zu Simon von Montfort gestellt, wußte er seine Interessen nach beiden Seiten hin zu wahren; Aymericus huldigte ihm im Jahre 1212, was allerdings nicht ausschloß, daß bald Zwistigkeiten ausbrachen; beide versöhnten sich aber im Jahre 1215 mit einander, und da der Erzbischof ebenso wie seine Vorgänger die Hälfte der Regierungsrechte beanspruchte, so teilte der Vizegraf mit ihm das Münzrecht[1]. Auch späterhin verlangten die Erzbischöfe

[1] Vgl. Vaissete, VI, p. 379, 461, 481.

die Hälfte der Münze; darob kam es mit Amalricus im Jahre 1271 zu neuen Streitigkeiten, die aber dann ebenfalls bald beigelegt wurden: Aymericus V. huldigte 1273 dem Erzbischof[1].

Der im Vertrag von 1279 genannte Aymericus ist Aymericus V., der mit seinem Bruder Amalricus lange Zeit in Hader lebte, sich aber mit ihm 1278 versöhnt zu haben scheint.

Neben Erzbischof und Vizegrafen hatte sich in Narbonne bereits frühzeitig eine städtische Regierung entwickelt, denn wir finden schon 1132 Consules in Narbonne erwähnt; im Jahre 1148 wurde die Verfassung dahin geordnet, daß für die Stadt 6 Konsuln und 20 prudhommes, für den bourg ebenfalls 6 Konsuln und 24 prudhommes gewählt wurden mit wichtigen polizeilichen und strafrechtlichen Befugnissen[2]. In 1224 treten die Konsuln auch völkerrechtlich hervor: sie haben die zwei Gesandten mit zu bevollmächtigen, und die Verträge werden auf ihre Seele mitgeschworen; in 1237 heißt es: nomine et vice hominum Nerbone et ejus districtus et nomine archiepiscopi et vicedomini; im Vertrag von 1279 treten 5 Konsuln der Stadt und 6 Konsuln des burgum von Narbonne auf; sie versprechen unter Zustimmung der consiliatores der Stadt und des burgum, sie versprechen allerdings unter Vorbehalt der Genehmigung des Erzbischofs und Vizegrafen, wofür sie aber sorgen wollen.

Soweit Narbonne; für Genua aber gilt folgendes:

Das Jahr 1166 zeigt Genua noch im Stande der Konsulatsverfassung. Noch 1190 stand die Verwaltung unter Konsuln, die aus Volksgenossen gewählt wurden, bis man in diesem Jahre in Genua wie in anderen Städten, um dem ständigen Kämpfen der Familien zu entgehen, zu dem System der (von auswärts berufenen) Podestas kam. Die Zahl der Konsuln war verschieden, in jenen Zeiten regelmäßig 5 oder 6. In der Tat finden wir in der Urkunde von 1166 die Konsuln Simon Auriae, Obertus Recalcatu, Odo Gontardus, Nicolaus Roca, Ansaldus de Tancilio, und Otto de Cafaro. Ähn-

---

[1] Vaissete, IX, p. 23.

[2] Port p. 31 f., nach dem Urkundenmaterial in der Sammlung Doat. In den Urkunden v. 1112 treten sie noch nicht hervor (oben S. 282 f.). Die Entwicklung erfolgt um dieselbe Zeit, wie in der Provence: in Marseille kamen sie 1128 auf, in Arles 1131, in Avignon 1136, in Sorgues 1142, in Nizza 1144, in Grasse um 1155. Vgl. Kiener, Verfassungsgeschichte der Provence (1900) S. 164, 190, 214, 224, 232, 237 und die daselbst p. 163 zitierten.

liches ist noch in Urkunden von 1181 zu konstatieren, wo 5 Konsuln, Ansaldus de Tanclerio, Anselmus Garrius, Nivelonus Vissacius, Ido Picius und Guilermus Aurie den Vertrag abschließen[1]. Diese Konsuln sind Consules communis oder pro communi und stehen im Gegensatz zu den 1130 auftauchenden Gerichtskonsuln, den Consules pro placitis. Übrigens kommen auch nach 1190 noch mitunter Konsuln vor, und erst 1217 wird das Podestat ausnahmslos, bis dann im Jahre 1257 eine neue Verfassung eintritt und die Capitanei beginnen[2].

Der Vertrag von 1224 dagegen versetzt uns in die Zeit des genuesischen Podestats; Podesta ist Andalo von Bologna. Wie eben erwähnt, pflegte in den Jahren 1190—1257 die Regierung von Genua von jährlich wechselnden Podestas geführt zu werden, die bis zum Jahre 1217 mit Consules pro communi abwechselten[3], dann aber ständig die Regierung lenkten, bis im Jahre 1257 die Capitanei begannen und auf solche Weise wieder die Einheimischen zur Herrschaft kamen. Von Bologna sind verschiedene, ja sogar eine große Reihe Genueser Podestas. Caro zählt 11 auf, 1218—1224, 1224—1225, 1229, 1235, 1248, 1249, 1254. Und was speziell Andalo betrifft, so ist er in der Fortsetzung der genuesischen Chronik von Cafaro[4], welche von 1220—1225 dem Stadtschreiber Marchisius zu verdanken ist, in folgender Weise erwähnt:

> Anno 1224 indictione 12 fuit potestas dominus Andalo de Bononia, qui habuit juxta se ipsum Fulconem de Saragosa jurisperitum in offitio consulatus civium et foritanorum Ugolinum Presbiteri Bononienses cives, in consulatu de justitia Wilhelmum filium Agathi Placentinum, pro civitate Petrum Laurentium Astensem, pro mediocri Conradum, ... pro burgo et in offitio octo nobilium Raimundum de Volta, Wilhelmum Buscum, Ingonem Castaneum, Nicholaum de Camadino, Ansaldum Laumelinum, Lanfrancum de Mari, Jacobum Pignolum et Jacobum de Guisulfo.

Im übrigen werden von diesem Podesta verschiedene kleine Kriegstaten, insbesondere gegen Alessandria, erzählt, die hier nicht weiter in Betracht kommen. Ihm folgte 1225 sein Sohn Branchaleo de Bononia, der aber viel krank war und die

[1] Vgl. Blumenthal, Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte Genuas im 12. Jahrhundert (1872), S. 12f.

[2] Vgl. Caro, Genua und die Mächte im Mittelmeer, I, S. 7f.

[3] Vgl. Lastig, Entwicklungswege und Quellen des Handelsrechts. S. 102.

[4] In den Monumenta German. Script. XVIII.

Stelle nur mangelhaft versah. Es war das letzte Mal, daß auf den Podesta sein Sohn folgte, denn im Jahre 1225 ging ein Gesetz durch, wonach nicht nur der Podesta nicht ein zweites Jahr gewählt werden durfte, sondern auch nicht Söhne und Verwandte bis zum dritten Grad[1].

Der Podesta handelte nach Gehör und mit Zustimmung der Consiliarii oder Consiliatores, die in wichtigen Dingen durch Hinzuberufung von Leuten aus den Stadtvereinigungen, den compagne verstärkt wurden, und zwar scheinen um diese Zeit meist 4 Personen aus jeder der 8 compagne hinzuberufen worden zu sein; daher heißt es hier: Consiliatorum et hominum quatuor per compagnam und ähnlich in anderen Urkunden aus dieser Zeit. Die Consiliatores heißen Consiliatores campane, weil sie mit Glockengeläut zusammenberufen wurden; wie es vielfach in den Urkunden heißt: ad sonum campane more solito[2]. Im ganzen werden in der Urkunde 79 Personen erwähnt, darunter die 32 vocati aus den compagne. Von den vom Annalisten angeführten octo nobiles, welche Andalo zuzuziehen pflegte, sind 6 dabei. Die consiliarii beschwören den Vertrag im Namen der Gemeinde, d. h. es wird von dem oben genannten Gemeindeschreiber Marchisius der Eid in ihre Seele geleistet.

Im Vertrag von 1237 tritt auf genuesischer Seite der Podesta Oldradus Grossus de Trejeno hervor. Von diesem sagen die Genueser Annalen folgendes:

> Anno dominice nativitatis 1237 indictione 9 fuit in regimine civitatis Janue dominus Oldradus Grossus de Trexeno Laudensis et cum eo judices duo, dominus Jacobus Altacima, qui semper fuit ejus assessor, et dominus Jacobinus de Limihi ad malefitia audienda ...

Im Jahre 1279 war eine bedeutende Änderung der Verfassung eingetreten. Schon mit 1257 hörte das Podestat in alter Weise auf, und es trat das Institut der Capitanei ein, das mehrfach Wandlungen erfuhr. Im Jahre 1270 hatten die Obertus Spinola und Obertus Auriae (Doria) das Capitaneat bis 1286. Zugleich mit den capitanei wirkt aber ein Podesta bei der Staatsregierung mit, ja, er wird bei den Staatsakten in erster Reihe erwähnt. Als ein solcher Podesta erscheint im

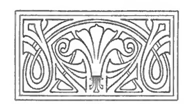
[1] Vgl. zum vorigen Caro, Studien zur Geschichte von Genua, S. 35f.
[2] Vgl. darüber Caro S. 28, 87, 89f.; Lastig, Entwickl.-Gesch. des Handelsr. S. 86f.; über den Compagna Eid vgl. Atti della Società Ligure I p. 176f.

Jahre 1279 Guillelmus Brunus von Asti, von dem die Annalen folgendes bemerken:

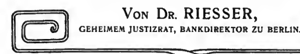
> Currentibus vero annis Domini nostri 1279 quidam civis Astensis Brunus nomine, juris peritus, fuit in regimine civitatis constitutus potestas; qui regimen suam ad finem perduxit laudabilem.

Das Jahr 1330 aber findet Genua unter dem Zeichen der unseligen Fremdherrschaft. Die Herrschaft teilten von 1318 bis 1335 der Papst Johann XXII. und der König Robert von Neapel und Sizilien, der 3. Anjou. Erst 1335 wurde die Fremdherrschaft abgeworfen und Raffael Doria und Galeotto Spinola waren wieder Capitanei, und im Jahre 1339 erstand das Genueser Dogat[1]. So kommt es, daß Isnardus Restagni von Avignon, gambellarius, consiliarius und familiarius des Königs von Jerusalem und Sizilien, zu gleicher Zeit capitaneus und vicarius der Stadt Genua ist.

[1] Vgl. auch Lastig S. 117f., 120f.



ZUR AUFSICHTSRATSFRAGE.



Von Dr. RIESSER,
GEHEIMEM JUSTIZRAT, BANKDIREKTOR ZU BERLIN.



Einleitung.

Unter dem Eindrucke beklagenswerter Zusammenbrüche großer wirtschaftlicher Unternehmungen sind in den letzten zwei Jahren ungemein zahlreiche Schriften erschienen, deren Verfasser für eine Änderung der gesetzlichen Vorschriften über den Aufsichtsrat eintreten.

In dieser Frage das Wort zu nehmen, ist in der Tat das gute Recht eines jeden Kenners unseres Wirtschaftslebens, dem dessen gesunde Entwickelung am Herzen liegt.

Dieses Recht aber sollte in schwerer Zeit zur Pflicht werden für eine tunlichst große Zahl derer, denen Erfahrungen aus der Praxis zur Seite stehen. Denn gar manches gesetzgeberische Einschreiten ab irato, gar manche Umprägung unreifer oder von Haß und Neid erzeugter Schlagworte in gesetzgeberische Formen, wie sie die Rechtsgeschichte der letzten Jahrzehnte leider in nicht geringer Anzahl aufzuweisen hat, wäre wohl vermieden oder gemildert worden, wenn die Praktiker ihre aus den verschiedensten Gründen erwachsene und erklärliche Scheu, sich öffentlich auszusprechen, überwunden hätten.

Aber zwei notwendige Voraussetzungen jeder wissenschaftlichen Arbeit, abgesehen von der selbstverständlich zu verlangenden strengsten Sachlichkeit, muß sich der Praktiker, der in solchen Fragen das Wort ergreift, noch mehr vor Augen halten, als der Theoretiker: den kategorischen Imperativ unbedingter Wahrhaftigkeit in der Mitteilung seiner Erfahrungen und die Pflicht zu äußerster Bescheidenheit in den Schlußfolgerungen aus diesen Erfahrungen.

Denn noch weit intensiver als in dem Gelehrten muß in dem Praktiker das Gefühl lebendig sein, daß es vor allem auf wirtschaftlichem Gebiete der sorgfältigsten und behutsamsten Erwägung alles Für und Wider vor jedem energischem Eingriffe bedarf und daß durch undurchdachtes Verallgemeinern gemachter Erfahrungen mehr geschadet als genützt werden kann.

Mit der Anerkennung dieser Gesichtspunkte soll aber nicht etwa dem Grundsatze des laissez faire das Wort geredet werden; denn auch auf wirtschaftlichem Gebiete wird sich nicht die Heilung eines jeden Schadens von der gesunden Natur des erkrankten Organismus erwarten lassen.

Wohl aber soll damit zugleich vor einer bestimmten Art von Staatsrettern gewarnt sein, die nach jeder wirtschaftlichen Krisis, wie Pilze nach einem Gewitter, aus der Erde zu schießen pflegen, und die für jedes Übel gleich eine untrügliche Universalmedizin zu haben glauben.

Ob überhaupt, wie manche ohne weiteres annehmen[1], angesichts der zweifellosen Mißstände, welche sich auf dem Gebiete des Aktienwesens, auch wieder in der letzten Zeit, nur allzu deutlich gezeigt haben, der Schluß gerechtfertigt ist, es müsse unbedingt das Aktiengesetz mangelhaft sein, ist eine unendlich schwierige Frage, für deren objektive und sichere Beantwortung vielleicht die Zeit noch nicht gekommen ist.

Von anderer als von juristischer Seite wird dereinst festzustellen sein, ob nicht die beklagenswerten Erscheinungen, wie sie in Gestalt von frivoler Pflichtwidrigkeit, Betrug, Unterschlagung, Fälschung und anderen Delikten bei der Verwaltung von Aktiengesellschaften in letzter Zeit zutage getreten sind, auf andere Ursachen, als auf Mängel der gesetzlichen Vorschriften zurückzuführen, insbesondere, ob sie nicht als Begleiterscheinungen allgemeiner Zeitkrankheiten anzusehen sind.

Zu den letzteren aber dürfte in erster Linie die nach raschem Emporkommen der Gesamtheit vielfach in weiten Kreisen beobachtete krankhafte Sucht zu rechnen sein, die Lebensführung in einer mit den Grundsätzen geordneter Haushaltung nicht verträglichen Weise zu steigern; ferner das hierdurch hervorgerufene Verlangen, tunlichst rasch reich zu werden und endlich als Ergebnis dieser Leidenschaften, eine stets wachsende Großmannssucht, zu deren Befriedigung gewagte Unternehmungen und gewagte Mittel immer weniger gescheut werden. Solche Tendenzen müssen aber namentlich da auf abschüssige Wege führen, wo lediglich die strengste Rechtlich-

[1] Vgl. u. a. Gemund & Knödgen: „Wie kann unser Aktienwesen gesunden?“ S. 1: „Mit Recht sagt man, daß ein Gesetz, das solche unheilvollen Ereignisse ermöglicht, das es zuläßt, daß unzählige Staatsbürger ihr Vermögen, ihre Existenz verlieren, nicht ohne Schuld an den Vorkommnissen sein kann. Es muß Mängel haben.“

keit und eine ständige Selbstkontrolle vor Abwegen schützen kann: bei der Verwaltung fremden Vermögens.

Im Rahmen vorliegender Arbeit kann diese Frage nur angedeutet und aufgeworfen, aber nicht entschieden werden, wie denn überhaupt die nachstehenden Zeilen, die sich der überaus großen Zahl bereits vorhandener Untersuchungen[1] zugesellen, nur einen Versuch machen wollen, zu einzelnen Seiten der streitigen Frage einige Anregungen und mögliche Lösungen zu weiterer Prüfung und Erörterung zu stellen.

I. Die bisherigen Ergebnisse der Wirksamkeit des Aufsichtsrats.

Der Aufsichtsrat besteht in Deutschland als obligatorisches Institut bei Aktiengesellschaften[2] seit der Aktiennovelle vom 11. Juni 1870, also mehr als 30 Jahre. Diese Zeit reicht aus, um ein Urteil darüber zu ermöglichen, ob er sich bewährt hat.

Bei Aufwerfung dieser Frage können diejenigen im allgemeinen minder wesentlichen Funktionen außer acht gelassen werden, welche der Aufsichtsrat nach dem Gesetze nur unter besonderen Voraussetzungen auszuüben hat, also sowohl die geschäftsführende Funktion (die allerdings nach § 246 Abs. 3 HGB. satzungsmäßig über die gesetzlich vorgeschriebenen Fälle[3] hinaus erstreckt werden kann und tatsächlich meist darüber hinaus erstreckt worden ist), als die Vertretungsfunktion des Aufsichtsrats[4].

Hiernach würde nach der bisher allein üblichen Einteilung des Tätigkeitsbereichs des Aufsichtsrats bei der Erörterung der aufgeworfenen Frage ausschließlich diejenige Funktion zu beachten sein, welche nach dem Gesetze die Haupttätigkeit des Aufsichtsrats zu bilden hat: die Überwachungsfunktion (§ 246 Abs. 1 HGB.).

---

[1] Vgl. das Literatur-Verzeichnis im Anhange, wo auch für die frühere Zeit mindestens die wichtigsten Erscheinungen aufgeführt sind. Hinzutreten natürlich die Ausführungen in den bekannten Kommentaren, Hand- und Lehrbüchern des Handels- und Aktien-Rechts.

[2] Das ADHGB. hatte einen Aufsichtsrat nur bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien als notwendig bezeichnet (Artt. 175 Nr. 6; 177 Nr. 3 u. 193).

[3] Vgl. insbes. die §§ 192, 193, 195, 222 Abs. 4, 232 Abs. 2 Satz 2, 238, 246 Abs. 2, 254 Abs. 1 u. 3, 260 Abs. 2, 274 Abs. 1 Satz 2, 280, 284 HGB.

[4] Vgl. §§ 247, 271, 272, 309 HGB.

In Wahrheit liegt jedoch die Sache anders:

Aus einem bloßen Kontrollorgan hat sich bei uns der Aufsichtsrat in der Praxis zu einem beratenden Organ entwickelt, und die Antwort, welche ich meinerseits auf die aufgeworfene Frage geben und in nachstehendem auf Grund des von mir gesammelten aktenmäßigen Materials näher zu begründen versuchen möchte, geht dahin:

Der Aufsichtsrat hat sich in der beratenden, also gerade in derjenigen Funktion, welche im Gesetze keinen Ausdruck gefunden hat, im allgemeinen außerordentlich bewährt.

Die Frage aber, ob er sich in der Überwachungsfunktion, also in derjenigen Funktion bewährt hat, welche das Gesetz als die Hauptaufgabe des Aufsichtsrats bezeichnet, wird je nach der unten näher zu erörternden Auslegung des § 246 Abs. 1, der die Überwachungspflichten des Aufsichtsrats regelt, zu bejahen oder zu verneinen sein.

1. Die beratende Funktion des Aufsichtsrats.

Schon unmittelbar mit der Gründung der Gesellschaft tritt, unsichtbar nach außen, aber sehr bemerkbar nach innen, die beratende Funktion des (meist den Gründern entnommenen) Aufsichtsrats ins Leben: bei der Frage der Bemessung des Grundkapitals.

Die gesamte wirtschaftliche Zukunft einer Aktiengesellschaft hängt vielfach von der Frage ab, ob das Grundkapital von Anfang an richtig bemessen, ob es also weder zu groß, noch zu klein ist. Es darf nicht zu groß sein, weil sonst die Schwierigkeit der Erzielung ausreichender Dividenden den Vorstand nur allzuleicht zu gewagten und weitaussehenden Unternehmungen verleitet. Es darf auch nicht zu klein sein, weil sonst die Gesellschaft sehr bald vor die — meist mit gewissen Erschütterungen und Beunruhigungen verbundene — Frage der Notwendigkeit der Kapitalserhöhung gestellt ist, durch die von den Aktionären oder von außen ein Kredit beansprucht wird, den die bisherigen Geschäftsergebnisse vielfach nicht oder doch nicht in dem beanspruchten Umfange zu rechtfertigen vermögen.

Auch bei der Durchführung dieser Erhöhung, wie bei derjenigen späterer Kapitalserhöhungen, tritt die beratende Funktion des Aufsichtsrats voll in die Erscheinung. Insbeson-

dere werden diejenigen Aufsichtsratsmitglieder, welche in dem Aufsichtsrate mehrerer und verschiedenartiger Aktiengesellschaften sitzen, auf Grund ihrer hier besonders wichtigen praktischen Erfahrungen den Vorstand, dem derartige Erfahrungen meist nicht zur Seite stehen, in der wichtigsten Frage beraten können, ob für die geplante Kapitalserhöhung sich mehr eine Ausgabe von Aktien, als von Obligationen empfiehlt. Man braucht die Beispiele nicht weit zu suchen, um sich klar darüber zu werden, welch' entscheidende Rolle diese Frage in der wirtschaftlichen Entwickelung der Aktiengesellschaften aller Länder gespielt hat. Eine große Reihe von Aktiengesellschaften ist gerade daran erkrankt und zum Teil, insbesondere im Falle allgemeiner Krisen, daran zugrunde gegangen, daß sie entweder allzufrüh oder in allzugroßem Umfange durch Ausgabe von Obligationen mit festen Lasten beschwert wurden, also mit Verzinsungs- und Amortisationsverpflichtungen, die unter allen Umständen, auch wenn kein Reingewinn erzielt wird, zu decken sind.

Diese beratende Funktion des Aufsichtsrats, wie sie sich nicht contra, aber praeter legem in immer steigendem Umfange entwickelt hat, ist vielfach noch in weiteren, für die gesamte Entwickelung des Unternehmens entscheidenden Fragen zu kräftigem Ausdruck gelangt.

Vor allem sind es die Grundsätze hinsichtlich einer richtigen Disposition über die Mittel der Gesellschaft, also des angemessenen Verhältnisses der disponiblen Mittel zu den zu deckenden Verpflichtungen, deren strenge Handhabung in erster Linie für das finanzielle Schicksal, den Kredit und den Namen der Gesellschaft maßgebend ist, hinsichtlich deren erfahrene Aufsichtsratsmitglieder in einer überaus großen Zahl mir bekannt gewordener Fälle die Vorstandsmitglieder beratend, mahnend und vorbeugend unterstützt haben. Und auch hier wieder sind es gerade diejenigen Mitglieder des Aufsichtsrats, in deren Person sich eine Reihe von Aufsichtsratsstellen vereinigte, welche auf Grund ihrer Erfahrungen die besten Ratschläge erteilten. Ich betone dies, weil gerade die oft im alleinigen Hinblick auf die „Überwachungsfunktion" des Aufsichtsrats getadelte, aber meist aus sachlichen Gründen unerläßliche[1] „Kumulierung von Aufsichtsratsstellen", nament-

[1] So sind die Direktoren von Bankaktiengesellschaften meist verpflichtet, in den Aufsichtsrat solcher Gesellschaften einzutreten, deren

lich hier, d. h. bei Ausübung der beratenden Funktion des Aufsichtsrats, vielfach schon von größtem Vorteil gewesen ist.

Im Zusammenhang mit der Dispositionspolitik steht insbesondere auch die Dividendenpolitik der Gesellschaften, bei deren Feststellung sich nach meiner Kenntnis der Dinge die Mitglieder des Aufsichtsrats vielfach, weit über die durch § 260 Abs. 2 und § 246 Abs. 1 Satz 3 HGB. auferlegten Verpflichtungen hinaus, in rühmlichster Weise beratend betätigt haben. Mir ist eine große Reihe von Fällen bekannt geworden, in welchen Mitglieder des Aufsichtsrats unter Hinweis auf gegenwärtige oder zukünftig zu erwartende Konjunkturen oder Preisschwankungen oder auf mögliche Verluste oder auf die Notwendigkeit der Zurückhaltung größerer liquider Mittel behufs besserer Abwehr denkbarer oder wahrscheinlicher Gefahren oder endlich im Interesse stetiger Dividenden die Verteilung einer geringeren Dividende, statt der vom Vorstande gewünschten oder beantragten, angeregt und durchgesetzt haben. Aber nicht nur in diesen Kardinalfragen, sondern auch in einer ganzen Reihe minder wichtigen Fragen des täglichen geschäftlichen Lebens ist die beratende Funktion des Aufsichtsrats auch da, wo sie nicht durch die ihm durch Gesetz oder Satzung auferlegten Geschäftsführungspflichten an sich schon geboten war, aktuell geworden.

Hierher gehören die bei manchen Gesellschaften fast täglich erteilten wertvollen Ratschläge von Aufsichtsratsmitgliedern bei Ankauf oder Verkauf von Waren oder Rohmaterialien[1]; Eingehung oder Lösung von Geschäftsverbindungen; Erteilung von Krediten und Annahme von Sicherheiten; bei Feststellung rechtlich bindender allgemeiner Lieferungsbedingungen, wie solche durch die bei den verschiedensten Gesellschaften gemachten Erfahrungen sich allmählich entwickelt haben, und von Zahlungsbedingungen; bei dem Export

ständige Überwachung deshalb notwendig erscheint, weil die Bank sie gegründet oder weil sie deren Werte (Aktien oder Obligationen) an den Markt gebracht hat. Auch in den Fällen, in welchen aus geschäftlichen oder vertragsmäßigen Gründen eine Kooperation mehrerer Gesellschaften nach allen oder nach bestimmten Richtungen zu erfolgen hat, ist zur Sicherung dieses Handinhandgehens die Entsendung des nämlichen Vertreters in den Aufsichtsrat jener Gesellschaften meist geboten.

[1] Hier ist auch an die Frage zu denken, ob die Gesellschaft ihren Bedarf an Rohmaterialien, z. B. an Kohlen, nur auf kurze Zeit oder für längere Zeit im voraus decken soll. Die ohne Verständnis und Vorsicht erfolgte Lösung dieser Frage durch den Vorstand hat einer mir bekannten industriellen Gesellschaft annähernd 200000 Mark in einem einzigen Geschäftsjahre gekostet.

oder dem Import nach oder aus dem Auslande; bei der Diskontierung von Wechseln oder der Annahme oder Beleihung von Kreditpapieren oder Werten aller Art; bei der oft für das Schicksal der Gesellschaften auf Jahre hinaus maßgebenden Frage, ob und unter welchen Bedingungen Kartellen oder Syndikaten beizutreten sei oder nicht. Ferner bei der Aufnahme neuer Artikel oder Gewinnung neuer Absatzwege; bei der Aufsuchung neuer Kundschaft, insbesondere auch aus den Kreisen derjenigen Gesellschaften, mit welchen die Aufsichtsratsmitglieder als Mitglieder der Verwaltung dieser Gesellschaften enge Fühlung haben; bei Feststellung der relativ besten Art von Kontrollen oder Revisionen; bei Ordnung des oft äußerst schwierigen und komplizierten, aber für die Solidität und Sicherheit des Geschäftsbetriebs grundlegenden Kalkulationswesens u. a. m.

Daß aber namentlich dann, wenn es den Gesellschaften schlecht ging, und speziell bei Durchführung von Kapitalsherabsetzungen und sonstigen finanziellen Reorganisationen, die Mitwirkung sachverständiger und in den verschiedensten Kreisen einflußreicher Aufsichtsratsmitglieder vielfach den Erfolg der ganzen Maßregel und damit die Fortexistenz vieler Gesellschaften fast allein verbürgt und ermöglicht hat, darf als allgemein bekannt vorausgesetzt werden.

Mit diesen Ausführungen dürfte wohl — ungeachtet der durch den vorgeschriebenen Umfang dieser Arbeit notwendig gewordenen gedrängten Kürze — der Beweis erbracht sein, daß es geraten erscheint, die Einrichtung des Aufsichtsrats nicht, wie man, im Hinblick auf die allein in die Öffentlichkeit dringenden häßlichen Fälle grober Pflichtverletzung, vereinzelt vorgeschlagen hat, zu beseitigen. Vielmehr sollte der Aufsichtsrat meines Erachtens allein schon um deswillen erhalten werden, weil er in seiner beratenden Funktion, die zu dem großen industriellen Aufschwunge der letzten Jahrzehnte im stillen nicht wenig beitrug, sich bei den meisten Gesellschaften bewährt hat.

2. Die Überwachungsfunktion des Aufsichtsrats.

Die Überwachungspflichten und Überwachungsrechte des Aufsichtsrats sind im § 246 Abs. 1 HGB. in folgender Weise festgestellt:

„Der Aufsichtsrat hat die gesamte Geschäftsführung der Gesellschaft in allen Zweigen der Verwaltung zu überwachen

und sich zu dem Zwecke von dem Gange der Angelegenheiten der Gesellschaft zu unterrichten. Er kann jederzeit über diese Angelegenheiten Berichterstattung von dem Vorstande verlangen und selbst oder durch einzelne von ihm zu bestimmende Mitglieder die Bücher und Schriften der Gesellschaft einsehen sowie den Bestand der Gesellschaftskasse und die Bestände an Wertpapieren und Waren untersuchen. Er hat die Jahresrechnungen, die Bilanzen und die Vorschläge zur Gewinnverteilung zu prüfen und darüber der Generalversammlung zu berichten."

Der § 249 Abs. 1 HGB. ergänzt diese Vorschrift dahin:

„Die Mitglieder des Aufsichtsrats haben bei Erfüllung ihrer Obliegenheiten die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns anzuwenden."

Es ist interessant, zu beobachten, wie die Auslegung hin- und herschwankt, je nachdem sie mehr auf die eine oder mehr auf die andere Vorschrift Gewicht legt:

So ist eine Gruppe von Kommentatoren vorhanden, welche davon ausgeht, daß der Gesetzgeber auch vom ordentlichen Geschäftsmann nur ein erreichbares Mittelmaß von Vorsicht und Sorgfalt verlangen könne, und welche hieraus unter anderm folgert, daß der Gesetzgeber im § 246 Abs. 1 nicht die Absicht gehabt haben könne, den Aufsichtsratsmitgliedern auch die Prüfung der Inventuren der Gesellschaft oder doch „sämtlicher Inventurbestände"[1] zuzumuten und daß offensichtlich „weder die Berichterforderung, noch die Prüfung der Bücher und Bestände obligatorisch" sei[2], da jene bei einfachen Betrieben überflüssig, diese aber bei Großbetrieben undurchführbar sei, so daß man sich mit Stichproben begnügen müsse und „keine Prüfung im einzelnen" verlangt werden könne[3].

Eine andere Gruppe aber glaubt im Hinblick auf Wortlaut und Zweck des § 246 Abs. 1 ganz andere Erfordernisse aufstellen zu müssen:

Sie verwirft die Vornahme von Stichproben ganz allgemein als „unzuverlässiges" und „mehr oder minder wertloses" Kontrollmittel[4], und sie ist der Meinung, daß der Aufsichtsrat, da er nur dann als „unterrichtet" im Sinne des § 246 Abs. 1 Satz 2 gelten könne, verpflichtet sei, alle Geschäftsvorgänge

[1] So Esser, Anm. 5 zu § 246 und Simon, die Bilanzen der Aktiengesellschaften 2. Aufl. S. 158 Anm. 24.

[2] Tscharmann, S. 22 und Pinner, das deutsche Aktienrecht S. 170 II, 1 b.

[3] Pinner eod. S. 170 II, 2.

[4] Bauer S. 97.

zu verfolgen und zu prüfen[1], sogar die „Zweckmäßigkeit und Richtigkeit" der Geschäftsführung des Vorstandes[2] zu kontrollieren. Ja, sie hält den Aufsichtsrat, wenn er die ihm durch § 246 Abs. 1 auferlegten Pflichten wirklich erfüllen wolle, für gebunden „zur Befragung der Gesellschaftsbeamten über geschäftliche Angelegenheiten[3] und der Kundschaft über ihre Zufriedenheit mit den gelieferten Waren" sowie zu Recherchen über „das geschäftliche und außergeschäftliche Leben des Vorstands."

Die letztere Gruppe von Schriftstellern geht überhaupt[4] und demgemäß auch bei Auslegung des § 246 Abs. 1 Satz 1 von dem Gedanken aus, daß der Aufsichtsrat ohne jeden Zweifel imstande sei, die gesamte Geschäftsführung, und zwar nicht einmal lediglich des Vorstands, sondern der Gesellschaft, in allen Zweigen der Verwaltung zu überwachen.

Die Vertreter dieser Ansicht haben sich zunächst nicht genügend vor Augen gehalten, daß die Mitglieder des Aufsichtsrats nicht etwa, wie es zu auch nur annähernder Erfüllung einer solchen Aufgabe unerläßlich wäre, verpflichtet sind, ihre ganze Tätigkeit ausschließlich diesem ihrem Amte zu widmen.

Es ist aber auch unrichtig, zur Unterstützung einer solchen Ansicht zu behaupten, daß der Aufsichtsrat in großen Betrieben imstande sei, die Bücher und Schriften der Gesellschaft, also sowohl die Eintragungen, als deren Unterlagen, demnach auch die gesamte Korrespondenz der Gesellschaft, ständig[5] zu prüfen und zu überwachen, da hierzu in

---

[1] Bauer S. 93.

[2] So selbst Loeb S. 7.

[3] Küntzel S. 43. Eine solche, jede Disziplin in der Gesellschaft aufhebende Einrichtung hält de lege ferenda auch Biermer S. 25 für empfehlenswert.

[4] So Bauer S. 93 (mit Bezug auf die Kontrollpflichten des Aufsichtsrats): „Jeder Betrieb, sei er auch noch so umfangreich, läßt sich in seiner Gesamtheit sowohl, wie in seinen einzelnen Teilen, überwachen und kontrollieren" mit der Hinzufügung, daß es bei der Aktiengesellschaft kein Gebiet gebe, „auf welchem der Aufsichtsrat seine Kontrolltätigkeit nicht ausüben könnte und müßte."

[5] Oder auch nur halbjährlich, wie es in einem Artikel des Berliner Tageblatts vom 14. Okt. 1901 (mit Zustimmung wiedergegeben bei Loeb S. 24) vorgeschlagen wird: „er hat in jedem Geschäftshalbjahr einmal... sämtliche Briefe und Schriften der Gesellschaft zu prüfen, sowie den Bestand der Gesellschaftskasse an Wertpapieren und Waren zu untersuchen und über den Befund, sowie die gesamte Geschäftslage eine detaillierte Aufstellung zu machen."

der Regel in Großbetrieben nicht einmal alle Mitglieder des Vorstandes imstande sein werden, zwischen denen die zu übernehmenden Aufgaben meist, eben mit Rücksicht auf die Unmöglichkeit der Ausübung aller Pflichten durch jedes Mitglied, ressortmäßig geteilt zu werden pflegen.

Es ist ferner in großen Betrieben undurchführbar, daß der Aufsichtsrat, oder auch nur ein einzelnes Mitglied, sich ständig und fortlaufend über die gesamte, beständig wechselnde Kundschaft und die über deren Solvenz und Kreditwürdigkeit eingegangenen Auskünfte, bei Banken beständig über alle aus der „gesamten Geschäftsführung" erwachsenen oder bevorstehenden Verpflichtungen, oder über die für die sämtlichen Waren, Rohmaterialien, Halbfabrikate buchmäßig angesetzten und gesetzlich anzusetzenden Preise, über die Güte der Wechsel- und anderer Schuldner usw., fortlaufend derart genau und vollständig auf dem laufenden erhält, daß er dauernd von dem Gange der Angelegenheiten der Gesellschaft in allen Zweigen der Verwaltung „unterrichtet" ist.

Es ist endlich für den Aufsichtsrat praktisch unmöglich, die Bestände an Waren in unseren großen industriellen Gesellschaften, oder die bei den Banken ruhenden Bestände an Wertpapieren, mindestens in der Regel, anders als durch Stichproben zu prüfen. Denn eine Gesamtaufnahme, also die Prüfung Stück für Stück, wird selbst beim Vorstande einer großen Gesellschaft immer nur als eine, in nicht allzuhäufiger Wiederholung denkbare Ausnahme erscheinen müssen. Das hie und da aufgestellte Verlangen nach einer solchen Aufnahme sämtlicher Bestände, also der Waren, Halb- und Ganzfabrikate, Rohmaterialien, Wertpapiere usw. Stück für Stück, in tunlichst kurzen Zwischenräumen, z. B. monatlich, ist in Großbetrieben schon deshalb, selbst für den Vorstand, undurchführbar, weil eine einzige derartige Aufnahme, z. B. der bei unseren großen Banken liegenden Depots, selbst unter Zuhilfenahme einer größeren Anzahl von Hilfskräften, durchschnittlich mehr als einen Monat in Anspruch nimmt.

Aus Vorstehendem dürfte hervorgehen, daß auch der vielfach geäußerte und an sich sehr verständliche Wunsch, es möge die Kontrollpflicht und das Kontrollrecht, welches jetzt nur dem Aufsichtsrate als solchem oder den von ihm delegierten Mitgliedern zusteht (§ 246 Abs. 1 Satz 2), jedem einzelnen Aufsichtsratsmitgliede, als notwendiges Korrelat seiner individuellen Verantwortung, zugestanden werden, in

seiner praktischen Durchführung, wenigstens in größeren Betrieben, auf kaum überwindliche Schwierigkeiten stoßen würde.

Denn selbst die periodische Entnahme bloßer Stichproben, geschweige denn der Versuch ständiger Aufnahmen sämtlicher Bestände Stück für Stück in kurzen Zwischenräumen, oder des fortlaufenden Studiums aller wesentlichen Grundlagen der Buchführung, also insbesondere der gesamten Korrespondenz, durch jedes einzelne der meist zahlreichen Aufsichtsratsmitglieder, würde auf eine völlige Lahmlegung des Geschäftsbetriebs hinauslaufen. Gesellschaften, in denen ein solches Verfahren auch nur für einige Zeit versucht werden sollte, würden bald den Zweck, zu dem sie begründet sind: Geschäfte zu machen, in die zweite Linie zurückzustellen haben[1].

Der Aufsichtsrat wird also, namentlich im Großbetriebe, im allgemeinen und in erster Linie auf von ihm selbst oder von einzelnen Mitgliedern periodisch vorzunehmende Revisionen, und hier wieder in der Regel auf Stichproben, angewiesen sein. Er wird ferner im wesentlichen nur darauf halten können, einen ordnungsmäßigen Geschäftsgang durch angemessene Geschäftsanweisungen zu sichern. Und er wird endlich über die Durchführung der letzteren, sowie über alle wesentlichen Geschäftsvorgänge und die vom Vorstande selbst zur Sicherung des Betriebes vorgenommenen oder angeordneten Revisionen und sonstigen Maßregeln sich durch möglichst häufige mündliche und schriftliche Berichterstattungen des Vorstands zu unterrichten haben.

Wenn und soweit ihm aber weder seine eigenen Maßnahmen, noch die Berichterstattung des Vorstands ein tunlichst vollständiges Bild der Geschäftsführung und der Lage der Gesellschaft gewähren, oder wenn er Grund zu der Annahme hat, daß Unregelmäßigkeiten, Unterlassungen oder Pflichtwidrigkeiten vorliegen, oder daß Lücken oder Fehler in den Berichterstattungen des Vorstands oder in den zur Sicherung des Betriebes vom Vorstande angeordneten Maßnahmen vorhanden sind, wird er weitere Untersuchungen und Revisionen vorzunehmen, fernere Maßnahmen anzuordnen oder den Vor-

[1] Es bedarf deshalb nicht einmal des Hinweises auf die gegen dieses individuelle Kontrollrecht in der allgem. Begründung der Aktiennovelle vom 18. Juli 1884 S. 146 angeführten Gründe, die auch heute noch volle Geltung beanspruchen können; vgl. auch Esser Anm. 2 zu § 246.

stand zur Prüfung geeigneter Abhilfen und demnächstigen Berichterstattung aufzufordern haben.

Darüber hinaus wird auch der sorgfältigste und gewissenhafteste Aufsichtsrat in der Regel nicht gehen können, zumal die Geschäftsführung selbst ausschließlich in den Händen des Vorstands liegt und liegen muß.

Ich komme also zu folgendem Schlusse:

Diejenigen, welche den ersten Satz des § 246 Abs. 1 seinem Wortlaute nach auslegen, muten dem Gesetzgeber zu, daß er etwas Unerreichbares und Unerzwingbares, also etwas durchaus Unvernünftiges, vorgeschrieben habe. Denn der Gesetzgeber kann nicht davon ausgegangen sein, daß selbst der sorgfältigste Aufsichtsrat im Großbetriebe dauernd die gesamte Geschäftsführung derart zu überwachen imstande sei, daß er stets von dem Gange der Angelegenheiten der Gesellschaft in allen Zweigen der Verwaltung unterrichtet ist.

Diese Meinung von der Absicht des Gesetzgebers trifft bei großen Betrieben selbst für die einfacheren Verhältnisse zu, welche bei Erlaß des Allgemeinen Deutschen HGB. geherrscht haben, dessen für Kommanditgesellschaften auf Aktien gültig gewesener Art. 193 in unsern § 246 Abs. 1 im wesentlichen übergegangen ist. Sie wird aber zwingend, wenn man sich die komplizierten und weit verzweigten Verhältnisse und Beziehungen vergegenwärtigt, die durch den inzwischen eingetretenen großen Aufschwung in unserer Industrie, in unserem Handel und unserem Bankwesen geschaffen worden sind.

Es läßt sich aber auch aus anderen Stellen des Gesetzes selbst nachweisen, daß der Gesetzgeber sehr wohl gewußt hat, daß, ungeachtet der Vorschrift des § 246 Abs. 1 Satz 1, mindestens in Großbetrieben, selbst wichtige Geschäftsvorgänge dem Aufsichtsrate entgehen können.

Denn nach § 249 Abs. 3 HGB. sollen die Mitglieder des Aufsichtsrats in den ungemein wichtigen Fällen des § 241 Abs. 3 nur dann haften, wenn die hier bezeichneten Handlungen „mit ihrem Wissen“ und ohne ihr Einschreiten vorgenommen worden sind. Ebenso soll eine Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder nach § 306 Abs. 6 im Falle der Fusion nur dann eintreten, wenn die Vereinigung des Vermögens beider Gesellschaften mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten erfolgt ist. Der nämliche Gesetzgeber also, der nach dem Wortlaut des § 246 Abs. 1 für den Aufsichtsrat eine unbedingte Pflicht zur Überwachung der Gesellschaft in allen

Zweigen der Verwaltung statuiert hat, nimmt es in den §§ 249 Abs. 3 und 306 Abs. 6 ohne weiteres als möglich an, daß so wichtige Handlungen, wie die hier vorausgesetzten, also z. B. die Zurückzahlung von Einlagen, die Zahlung von Dividenden an die Aktionäre, die Verteilung des Gesellschaftsvermögens, die teilweise Zurückzahlung des Grundkapitals und die Vereinigung des an sich getrennt zu verwaltenden Vermögens zweier Gesellschaften, seitens des Vorstandes ohne Wissen des Aufsichtsrats vorgenommen werden können. Und doch handelt es sich in den im § 249 Abs. 3 vorausgesetzten Fällen des § 241 Abs. 3 fast überall um solche Handlungen des Vorstandes, welche nach dem nämlichen Gesetze nur unter Inanspruchnahme der vollsten Öffentlichkeit, also nach — mindestens einmaliger — Bekanntmachung in den Gesellschaftsblättern, erfolgen können!

Man wird demnach in der Tat, da eine jede Auslegung bedenklich ist, die dem Gesetzgeber unterstellt, etwas Unvernünftiges gewollt zu haben, annehmen dürfen, daß der Sinn des § 246 Abs. 1 Satz 1 ein anderer ist, als es, wie man zugeben muß, sein Wortlaut vermuten läßt. Und bei einer solchen, mehr auf den logischerweise anzunehmenden Sinn des Gesetzes Wert legenden Auslegung der Überwachungspflichten des Aufsichtsrats, wird man die Frage, ob sich der letztere in seiner Überwachungsfunktion bewährt habe, ungeachtet zahlreicher zutage getretener Verfehlungen, nicht etwa ohne weiteres verneinen können.

Dagegen werden diejenigen zur Verneinung dieser Frage eher geneigt sein, welche annehmen, daß das Gesetz seinem Wortlaute nach auszulegen sei. Eine solche Auslegung würde aber meines Erachtens nur etwa auf Grund folgender Deduktionen möglich sein:

Der erste Satz des § 246 Abs. 1 sei dem für die Kommanditgesellschaft auf Aktien erlassenen Art. 193 Satz 1 des Allgemeinen Deutschen HGB. fast wörtlich entnommen[1], und der Gesetzgeber habe, bei den unendlich einfacheren wirtschaftlichen Verhältnissen, welche zu Anfang der 60er Jahre in Deutschland herrschten[2] und für eine längere Zeit voraus-

[1] Preuß. Entw. Art. 165; Entw. I. Lesung Art. 173; Entw. II. Lesung Art. 181. Die Protokolle (S. 385 u. 1125) ergeben, daß diese gesetzliche Vorschrift „ohne Debatte angenommen" worden ist.

[2] So war auch die Vorschrift des Art. 28 des ADHGB., wonach alle Kopien der ausgehenden Briefe in ein und dasselbe „Kopierbuch" einzu-

gesetzt werden konnten, sehr wohl eine wörtliche Durchführung des Gesetzes für möglich halten können. Er habe ihn sogar für notwendig erachten müssen, damit wenigstens seinerseits alles geschehen sei, was von Gesetzes wegen irgend geleistet werden könne. Bei dieser Auslegung des gesetzgeberischen Willens sei es, angesichts der fast wörtlichen Übereinstimmung des § 246 Abs. 1 Satz 1 mit Art. 193 Satz 1 des Allgemeinen Deutschen HGB., untunlich, mit Rücksicht auf die später unleugbar eingetretene größere Kompliziertheit und schwerere Übersehbarkeit der Verhältnisse, in das Gesetz ex post einen anderen Sinn hineinzulegen, als dessen klarer und unzweideutiger Wortlaut gestatte.

Die aus einer solchen Ansicht aber zu ziehende Folgerung, der Aufsichtsrat habe den so interpretierten Aufsichtspflichten nicht genügt, sich also nicht bewährt, könnte doch nur mit einer sehr erheblichen Einschränkung aufrecht erhalten werden. Denn es würde gleichzeitig einzuräumen sein, daß diese Nichtbewährung des Aufsichtsrats, von einzelnen Fällen abgesehen, nicht auf mangelhafte Pflichterfüllung der Aufsichtsratsmitglieder, sondern in erster Linie darauf zurückzuführen ist, daß das Gesetz nach seiner wörtlichen Auslegung Überwachungspflichten aufgestellt hat, die, mindestens bei den jetzigen wirtschaftlichen Verhältnissen und im Großbetriebe, auch den Vertretern jener Auslegung des § 246 als unerfüllbar erscheinen müssen.

Dies ist offenbar auch der Standpunkt, von dem Stenglein[1] bei seinen nachfolgenden Ausführungen ausging:

„Wollte der Aufsichtsrat seiner Aufgabe voll genügen, so müßte er der ständige Nachtreter des Direktors werden; er müßte jedes einzelne Geschäft seiner Prüfung unterstellen, samt allen den Zutaten, der Prüfung der Solvenz und anderen Eigenschaften jedes einzelnen Kunden, er müßte alle Abschlüsse, insbesondere den Abschluß jedes Kontos . . . genau revidieren. Das zu leisten ist kein Aufsichtsrat der Welt imstande, denn diese Aufsicht würde das Geschäft in einer Weise komplizieren, daß der geschäftliche

tragen seien, lediglich damals durchführbar, worauf mit Recht in der Kommission zur Beratung des Entwurfs des jetzigen HGB. (Protok. S. 28) aufmerksam gemacht wurde. Demgemäß heißt es jetzt im § 38 Abs. 2 nur, daß der Kaufmann verpflichtet ist, eine Abschrift (Kopie oder Abdruck) der abgesendeten Handelsbriefe zurückzubehalten und diese Abschriften geordnet aufzubewahren.

[1] S. 439.

Bankerott die notwendige Folge wäre. Mit einem Worte: das Gesetz macht dem Aufsichtsrate eine Aufsicht zur Aufgabe, welche nicht geleistet werden kann[1]."

Es ist klar, daß derjenige, welcher auf diesem Standpunkte steht, eine Revision des § 246 Abs. 1 als ganz besonders dringlich ansehen muß, wenn er nicht etwa, wissend, daß der Aufsichtsrat dem Wortlaut des § 246 Abs. 1 nicht genügen kann, gerade um deswillen nichts ändern möchte, um den Aufsichtsrat als Regreßobjekt für die Gesellschaft zu erhalten[2].

Der Einwand aber, daß im Gegenteil, wenn die Erfüllung der gesetzlichen Überwachungspflichten in der Tat unmöglich, doch auch eine Regreßpflicht des Aufsichtsrats ausgeschlossen, also ein Bedürfnis zur Abänderung des § 246 Abs. 1 nicht anzuerkennen sei, ist zu verwerfen. Denn es ist des Gesetzgebers nicht würdig, und es schadet der Achtung vor dem Gesetze, wenn in weiten Kreisen das Gefühl einer Sicherheit hervorgerufen wird, welches, wenigstens in dem nach dem Gesetzeswortlaut vorauszusetzenden Umfange, nicht begründet sein kann. —

Wer aber, mit dem Verfasser dieser Zeilen, davon ausgeht, daß der Sinn des § 246 Abs. 1 Satz 1 (in Verbindung mit § 249 Abs. 1) ein anderer ist, als es sein Wortlaut zunächst vermuten läßt, wird gleichfalls, wenn auch aus anderen Gründen, eine Abänderung dieses Wortlauts für eine unserer wichtigsten und dringlichsten gesetzgeberischen Aufgaben erachten müssen.

Denn ein Gesetz, welches auch nur den Versuch macht, für alle Arten von Aktiengesellschaften, so insbesondere für die der Industrie, dem Handel und dem Bankwesen dienenden Aktiengesellschaften, für den Klein- und Großbetrieb usw., genau die gleiche allgemeine Formel hinsichtlich der Überwachungspflichten des Aufsichtsrats aufzustellen, hat einen Versuch mit untauglichen Mitteln unternommen, der unbedingt scheitern muß. Denn es ist klar, daß sowohl der Umfang, wie der Inhalt und das Ziel der Überwachung, je nach der Natur, der Gestaltung, der Branche und dem Betriebszwecke

[1] So auch Warschauer S. 7/8.

[2] Diese Regreßpflicht des Aufsichtsrats stellen manche Schriftsteller beinahe mehr, als die Persönlichkeit und Tätigkeit der Aufsichtsratsmitglieder, in den Vordergrund ihrer Betrachtungen. So Gemünd & Knödgen S. 18/19: „Nun ist es für die Gesellschaften von ganz besonderem Werte, in den verantwortlichen Stellungen Leute zu haben, deren äußere Position, deren Vermögen den anzustellenden Regreßklagen auch den materiellen Hintergrund gibt."

der einzelnen Gesellschaften, notwendigerweise durchaus verschieden sein muß.

Es ist also die zu lösende Aufgabe eine doppelte und deshalb doppelt schwierige:

Es muß ein Weg gefunden werden, der einerseits eine der Natur der einzelnen Gesellschaften sich anpassende, verschiedenartige Überwachung ermöglicht und der andererseits dem Überwachungsorgan sowohl durchführbare, als erzwingbare Überwachungspflichten auferlegt, deren Verletzung dann auch ohne weiteres als absichtliche oder fahrlässige Außerachtlassung der einem ordentlichen Geschäftsmanne obliegenden Verpflichtungen anzusehen ist. —

Einen solchen Weg will der beigefügte Gesetzentwurf (S. 320 ff.) einschlagen, dessen Inhalt in nachstehendem näher erläutert werden soll.

II. Vorschläge für eine Änderung des § 246 Abs. 1 (Satz 1 u. 2).

1. a) Von den im vorigen Abschnitt erörterten Mängeln in der Fassung des § 246 Abs. 1 Satz 1 könnte nicht die Rede sein, wenn es sich dabei nur um Überwachungs-Rechte, nicht um Überwachungs-Pflichten handelte. Denn daß dem Aufsichtsrate das Recht zustehen muß, „die Geschäftsführung der Gesellschaft zu überwachen und sich zu dem Zwecke von den Angelegenheiten der Gesellschaft zu unterrichten"[1], ist selbstverständlich. Gegen Satz 2 des ersten Absatzes des § 246, bei dem es sich auch nach der jetzigen Fassung des Gesetzes nur um Rechte des Aufsichtsrats handelt, kann daher ein Bedenken überhaupt nicht erhoben werden. Nur würde man m. E. dem Aufsichtsrate die Befugnis vorbehalten müssen, nicht nur „durch einzelne von ihm zu bestimmende Mitglieder", sondern außerdem auch durch besondere Sachverständige für deren sorgfältige Auswahl ihn nach den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts die Verantwortung treffen würde, „die Bücher und Schriften der Gesellschaft einzusehen, sowie den Bestand der Gesellschaftskasse und die Bestände an Wertpapieren zu untersuchen". Denn da die Aktiengesellschaft, was man bedauern, aber kaum ändern kann, eine der am schärfsten

[1] So hieß es auch im Art. 165 des preuß. Entwurfs und im Art. 193 des ADHGB.: „er kann sich von dem Gange der Angelegenheiten der Gesellschaft unterrichten".

ausgebildeten Arten von Interessen-Vertretungen darstellt, müssen alle Versuche fehlschlagen, besondere Qualifikationen[1] als Voraussetzung für die Wahl zum Aufsichtsratsmitglied aufzustellen, und die dahin abzielenden Erörterungen sind deshalb mehr wohlgemeint, als praktisch verwertbar. Muß man also bedauerlicherweise auch fernerhin mit der Möglichkeit rechnen, daß im Aufsichtsrate von Aktiengesellschaften nicht durchweg oder vielleicht gar nicht solche Personen vertreten sind, die als Sachverständige gerade auf dem Geschäftsgebiete der betreffenden Gesellschaft gelten können, so wird man, nicht im Interesse des Aufsichtsrats, sondern im höherstehenden Interesse der Gesellschaft und dem ihrer Aktionäre und Gläubiger, dem Aufsichtsrate gestatten müssen, seine Überwachungsrechte, mindestens nach einzelnen Richtungen, auch durch besondere Sachverständige auszuüben, deren Recht, die Bücher und Schriften der Gesellschaft einzusehen, sich naturgemäß auf die für die übertragene Einzeluntersuchung erforderlichen Bücher und Schriften zu beschränken hätte.

Die gesamte Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats aber, wie man vorgeschlagen hat, zu streichen und diese in die Hand von Revisoren zu legen, würde ich nicht befürworten können. Denn gerade das materielle Interesse, welches die Mitglieder des Aufsichtsrats an der Gesellschaft haben oder in ihr vertreten, dürfte in der Regel groß genug sein, um sie speziell, und jedenfalls mehr als bloße Revisoren, zur ständigen Überwachung der Geschäftsführung, mindestens in erster Linie, für geeignet zu erachten.

Soviel von den Überwachungs-Rechten des Aufsichtsrats

b) Was die Überwachungs-Pflichten des Aufsichtsrats betrifft, so muß, wenn die heutige allgemeine Fassung des § 246 Abs. 1 Satz 1, wie ich nachgewiesen zu haben hoffe, sich nicht als sachgemäß erwiesen hat, ohne weiteres zugegeben werden, daß jeder derartige gesetzliche Wortlaut, da er ja naturgemäß stets nur ein ganz allgemeiner sein kann, den oben entwickelten Bedenken in gleicher Weise unterliegen würde, wie die jetzige Fassung.

[1] Damit meine ich nicht etwa die Forderung einer ausdrücklichen gesetzlichen Feststellung, daß sich ein Aufsichtsratsmitglied im Besitze der bürgerlichen Ehrenrechte und nicht im Konkurse befinden und befunden haben dürfe (Stier-Somlo S. 37), was wohl auch ohne Gesetz von den Beteiligten in der Regel als selbstverständlich vorausgesetzt wird.

Der allein mögliche Weg ist daher nach meiner Überzeugung der, die Festsetzung des Inhalts und des Umfangs der Überwachungs-Pflichten des Aufsichtsrats dem Gesellschaftsvertrage zu überlassen.

Gegen diesen, unseren gewohnten Anschauungen zunächst ohne Zweifel nicht entsprechenden Vorschlag wird sicherlich in erster Linie eingewendet werden, daß dann vielleicht die Satzungen der Gesellschaften nichts oder so gut wie nichts über die Frage der Überwachungs-Pflichten enthalten würden. Hiergegen aber kann schon durch eine angemessene Fassung des Gesetzes, wie sie im ersten Absatz des vorgeschlagenen neuen § 246 (Anlage 1) versucht ist, genügend Vorsorge getroffen werden, ganz abgesehen von den anderen Sicherungsmaßregeln, von denen später zu sprechen sein wird.

Aber es ist in der Tat nicht zu befürchten, daß, wenn man die Sache in dieser Weise regelt, sich in den Satzungen ein zu geringes Maß von Überwachungspflichten des Aufsichtsrats finden würde. Ich habe vielmehr keinen Zweifel, daß sich solchenfalls allmählich eine Übung herausstellen wird, welche, unter Berücksichtigung der besonderen Geschäftsbranchen, das im Interesse der Gesellschaft, der Aktionäre und der Gläubiger gerade in dieser Branche notwendige Maß von Überwachungspflichten feststellt. Nach dieser Richtung wird nicht nur der Druck der öffentlichen Meinung sowie die Rücksicht auf den Kredit der Gesellschaft und auf die Emissionsfähigkeit ihrer Werte wirken, sondern vor allem auch die Notwendigkeit der im § 246a des beigefügten Gesetzentwurfs vorgeschriebenen Eintragung und Veröffentlichung der auf die Überwachungspflicht bezüglichen Vorschriften der Satzungen. Die in anderen Ländern, z. B. in England, gemachten Erfahrungen auf weiten, der freien Festsetzung der Beteiligten überlassenen Gebieten dürften dies zur Genüge wahrscheinlich machen. Bei uns aber würde noch die Prüfungspflicht des Registerrichters, welcher nach der Fassung des vorgeschlagenen § 246 Abs. 1 ohne weiteres in Aktion zu treten hätte, und eintretenden Falles auch die der Zulassungsstelle hinzukommen. Überdies aber ist außer den schon erörterten Sicherungsmaßregeln eine weitere Gewähr dafür, daß die Vorschriften auch praktisch verwirklicht werden, geschaffen durch die scharfe Fassung des neu vorgeschlagenen § 246 Abs. 1: „Der Gesellschaftsvertrag muß bestimmen" und durch die hier erfolgte Verweisung auf § 182 Abs. 2

HGB. Der letztere setzt den wesentlichen Inhalt des Gesellschaftsvertrags fest, bei Meidung der durch die §§ 309, 310 HGB. geordneten Nichtigkeitsklage und der durch die §§ 142—144 des Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit näher geregelten Löschung der Gesellschaft im Handelsregister von Amts wegen.

Lediglich durch die vorgeschlagene Fassung würde es erreicht werden können, daß die Überwachungspflichten nicht schematisch, wie es im Gesetze immer nur erfolgen könnte, sondern unter Berücksichtigung der Eigenart des einzelnen Falles geordnet werden können. Gerade dies ist aber in erster Reihe notwendig, also in erster Linie zu erstreben. Denn es bedarf kaum längerer Erörterung, daß die Art, der Umfang und das Ziel der Überwachungspflichten völlig verschieden sein muß, je nach der Art, der Branche und der Struktur der einzelnen Gesellschaft, je nachdem es sich z. B. um eine industrielle Gesellschaft handelt oder um eine Bank; um Groß- oder Kleinbetrieb; um ein nur dem inländischen Geschäft oder ein dem Export gewidmetes Unternehmen; um eine einzige Niederlassung oder um ein Geschäft mit einer Reihe von Niederlassungen oder Agenturen im Inland und Ausland.

Der naheliegende Gedanke aber, jenem wünschenswerten Ziele dadurch näher zu kommen, daß etwa der Bundesrat (der als eine Art von Rettungsball in manchen Gesetzen da eingeschaltet wird, wo der Gesetzgeber seinerseits an einer erschöpfenden Behandlung der Materie verzweifelt) Schemata für die Überwachungspflichten bei den einzelnen nach Gattungen zusammenzufassenden Gesellschaftsarten festzusetzen befugt sein solle, ist nicht verwertbar. Einmal dürfte der Bundesrat selbst bereits so ausreichende Erfahrungen über die Unzweckmäßigkeit solcher Bestimmungen gesammelt haben, daß er die Übernahme einer derartigen Aufgabe entschieden ablehnen würde; außerdem aber könnte es sich doch auch hier nur um eine unzulängliche Verlegenheitsaushilfe handeln. Das Leben läßt sich eben durch Verordnungen nicht schematisch meistern, und gerade die Vielgestaltigkeit des gewerblichen Lebens ist so groß, daß jeder Schematisierungsversuch aussichtslos erscheint.

Mag man daher auch bei uns im allgemeinen recht wenig gewohnt und geneigt sein, die Normierung aufzuerlegender

Pflichten den Beteiligten selbst zu überlassen, so glaube ich doch, daß gerade dieser Weg, und vielleicht dieser allein, in befriedigender Weise zu dem im Interesse des Allgemeinwohls besonders erstrebenswerten Ziele führen wird.

Zugleich aber wird damit wohl einem anderen ebenso erstrebenswerten Zwecke gedient: einer auf dem Gebiete des Aktienrechts ganz besonders wünschenswerten einheitlichen Gesetzgebung aller europäischen Staaten die Wege zu ebnen. Überdies sollte auch von den Gegnern des oben erörterten Vorschlages nicht übersehen werden, daß er im wesentlichen doch nur eine ausdrückliche und gesetzliche Anerkennung derjenigen Übung darstellt, die sich schon unter dem heutigen Rechtszustande tatsächlich ausgebildet hat. Denn auch jetzt schon haben lediglich die Satzungen oder allgemeine oder besondere Geschäftsanweisungen des Aufsichtsrats alle näheren Bestimmungen darüber getroffen, in welcher Weise und in welchen Zeitabschnitten[1] die vom Gesetz nur generell geordnete Überwachungspflicht im einzelnen gehandhabt und durchgeführt werden soll.

Der Vorschlag beseitigt aber den Zweifel, ob und inwieweit mit derartigen Anordnungen der generellen gesetzlichen Überwachungspflicht Genüge geleistet ist. Er zwingt zudem diejenigen Gesellschaften, bei denen bisher detaillierte Vorschriften über Art und Umfang der Überwachungspflichten nicht getroffen waren, derartige Vorschriften einzuführen.

Er ermöglicht es ferner auch, was bisher nicht der Fall war, sowohl den Aktionären, wie den Gläubigern der Gesellschaft, jederzeit genau zu wissen, wie weit bei dieser Gesellschaft die Überwachungspflichten der Aufsichtsratsmitglieder, deren Namen nach dem bestehenden Gesetz veröffentlicht werden, sich erstrecken, so daß sie auch hienach ermessen können, ob es richtig ist, sich bei dieser Gesellschaft als Aktionär oder durch Krediterteilung zu beteiligen.

Endlich beseitigt dieser Vorschlag den heute vorhandenen unwürdigen Zustand, daß entweder die Aufsichtsratsmitglieder nicht das leisten können, was der Wortlaut des Gesetzes verlangt, oder daß Aktionäre und Gläubiger hinsichtlich des Umfangs der Überwachungspflichten in einen bedenklichen Irrtum versetzt oder in einer bedauerlichen Unkenntnis gehalten werden.

[1] So sind z. B. im § 20 Abs. 1 der Satzungen der Bank für Handel und Industrie als Regel monatliche Sitzungen des Aufsichtsrats vorgeschrieben. —

c) Aus den vorstehenden Erwägungen erklärt sich der Inhalt des im nachfolgenden Gesetzentwurf (Anlage 1) vorgeschlagenen § 246, welcher zwischen Prüfungspflicht und Prüfungsrecht unterscheidet und den gesamten Inhalt des bisherigen § 246 umfaßt, mit Ausnahme des dritten Satzes des Abs. 1: „er hat die Jahresrechnungen, die Bilanzen und die Vorschläge zur Gewinnverteilung zu prüfen und darüber der Generalversammlung Bericht zu erstatten.“ Denn der letztere Satz kann wohl mit Rücksicht auf die (ev. schärfer zu fassenden) Vorschriften des § 260 Abs. 1 als überflüssig angesehen werden.

Der Inhalt des bisherigen Abs. 1 des § 246 wird somit durch Abs. 1 und 2 des vorgeschlagenen neuen § 246 ersetzt. Nach der neuen Fassung des Abs. 1 wird der Aufsichtsrat entweder in seiner Gesamtheit die volle durch den Gesellschaftsvertrag begrenzte Prüfungsaufgabe zu erledigen haben, oder er wird sie unter seiner Verantwortung unter seine einzelnen Mitglieder in geeigneter Weise verteilen, oder er wird endlich für einzelne, im Gesellschaftsvertrage anzugebende Richtungen und Seiten der Prüfungsaufgabe, für deren Erledigung ihm aus seiner Mitte Sachverständige nicht zur Seite stehen, besondere Sachverständige ernennen, deren sorgfältige Auswahl er nach allgemeinen Grundsätzen zu vertreten hat.

Der dritte Absatz des bisherigen § 246: „Er hat eine Generalversammlung zu berufen, wenn dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich erscheint“, mußte um deswillen eine anderweite Fassung erhalten, weil ihm neuerdings durch die Rechtsprechung des ersten Zivilsenats des Reichsgerichts eine durch den Rechtsfall selbst gar nicht gebotene, äußerst bedenkliche und mit der bisherigen reichsgerichtlichen Judikatur (Entsch. Band 35 S. 87) nicht übereinstimmende Auslegung gegeben worden ist[1].

---

[1] Entsch. vom 3. Mai 1902 (abgedruckt in der Holdheimschen Monatsschrift Jahrg. XI S. 266), wonach die Gesellschaftsorgane verpflichtet sein sollen, „sich vor Einlassung auf wichtige, kostspielige und riskante(!!) und deshalb das Interesse der Gesellschaft im besonderen Maße berührende Unternehmungen“ der Einwilligung der Generalversammlung zu versichern.

Auch diese Entscheidung zeigt wieder in bedauerlichster Weise die seit einigen Jahren zu beobachtende Neigung des ersten Zivilsenats (vgl. das bekannte Urteil vom 28. Okt. 1899 in Sachen der handelsrechtlichen Lieferungsgeschäfte und dagegen meine Schrift: „Die handelsrechtlichen Lieferungsgeschäfte. Eine Kritik der Rechtsprechung des Reichsgerichts“. Otto Liebmann, Berlin 1900, insbes. auf S. 33), durch eine möglichst weitgehende und elastische clausula generalis meist mehr wirtschaftlicher, als juristischer Natur den gesetzgeberischen Willen nicht auszulegen, sondern auszudehnen. Eine solche Richtung führt nur allzuleicht zu uferlosen Er-

Ich habe hierfür eine Fassung gewählt, wie sie auch in dem neuesten Gesetzentwurfe, dem Art. 44 Abs. 3 des französischen „projet de loi portant modification des lois du 24 Juillet 1867, du 1er août 1893 et du 9 Juillet 1902 sur les sociétés par actions"[1] nach langen Erwägungen für sachgemäß befunden worden ist:

„Ils (sc. les commissaires) peuvent toujours, en cas d'urgence, convoquer l'assemblée générale."

Dem entspricht, unter Weglassung der unnötigen Worte: „en cas d'urgence", der Vorschlag im § 246 Abs. 3 meines Entwurfs (Anlage 1):

„Der Aufsichtsrat ist, außer den im Gesetz oder Gesellschaftsvertrag ausdrücklich bestimmten Fällen, berechtigt, eine Generalversammlung zu berufen, wenn dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich erscheint."

ein Vorschlag, der wohl auch eine Änderung des auf den Vorstand bezüglichen § 253 Abs. 2 erfordern dürfte. Daß hier an Stelle der bisherigen Worte: „hat zu berufen" die Worte: „ist berechtigt . . . zu berufen" gesetzt werden, ist um so unbedenklicher, als nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen darüber kein Zweifel bestehen kann, daß auch nach letzterem Wortlaut der Aufsichtsrat zur Einberufung einer Generalversammlung dann verpflichtet ist, wenn er wußte oder bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns wissen mußte, daß die Nichtberufung der Generalversammlung schwere Schädigungen der Gesellschaft herbeiführen kann. Dagegen würde die Beibehaltung der jetzigen Fassung des § 246 Abs. 2, also der bedingten Verpflichtung des Aufsichtsrats zur Einberufung einer Generalversammlung, die Fälle außer Augen lassen, in denen der Aufsichtsrat nach sorgfältiger Erwägung aller Umstände, also gerade bei Anwendung der pflichtmäßigen Sorgfalt, von der Einberufung der Generalversammlung eine größere Schädigung der Gesellschaft erwarten muß, als von der Nichteinberufung.

2. Der im Entwurf (Anlage 1) vorgeschlagene § 246a schreibt die Eintragung und Veröffentlichung des Wortlauts der-

gebnissen, die nicht im Einklange stehen mit der vom Gesetzgeber meist gehegten Absicht, den Verkehrsbedürfnissen und den Verkehrsanschauungen, unter vorsichtiger Abwägung aller Interessen, soweit irgend tunlich, Rechnung zu tragen.

[1] Abgedruckt u. a. im Journal des Sociétés civiles et commerciales Jahrgang 24 Nr. 4 S. 173—184.

jenigen Bestimmungen vor, welche der Gesellschaftsvertrag über Inhalt und Umfang der Überwachungspflichten des Aufsichtsrats zu treffen hat. Angesichts der Notwendigkeit dieser Veröffentlichung wird es schon mit Rücksicht auf den Kredit der Gesellschaft kaum tunlich sein, daß diese in der Feststellung des Umfangs der Überwachungspflichten hinter anderen Gesellschaften, speziell der nämlichen Branche, merklich zurückbleibt. Es ist vielmehr anzunehmen, daß sich allmählich innerhalb zusammengehöriger Gesellschaftsgruppen durch Übung oder durch Aussprache und Vereinbarung der Beteiligten eine gleichmäßige Behandlung dieser Frage herausbilden würde.

3. Im § 246b des Entwurfs (Anlage 1) ist, in teilweisem Anschluß an die desfallsigen weitergehenden Vorschriften der Companies act 1900[1] und an diejenigen des französischen Rechts[2], vorgeschlagen, daß die Generalversammlung[3] behufs Prüfung des Geschäftsberichts des Vorstands und der Bilanz im Sinne der §§ 38—40 und 261 HGB. sowie der Gewinn- und Verlustrechnung, mindestens zwei Revisoren zu wählen[4] und deren Vergütung festzustellen hat.

Dieser Vorschlag bezweckt nicht etwa, die Revisoren vollständig an die Stelle des Aufsichtsrats treten zu lassen (vgl. § 246 Abs. 2 des Entwurfs), wohl aber sie für diesen einzelnen Zweck in die erste Linie treten zu lassen, und zwar um deswillen, weil gerade die Prüfung der Jahresbilanz fachmännische Kenntnisse auf dem Gebiete der Buchhaltung und des Rechnungswesens voraussetzt, die, wie die Erfahrung zeigt, nicht ohne weiteres und jedenfalls nicht allgemein von den Mitgliedern des rein nach dem Gesichtspunkte der Interessenvertretung zusammengesetzten Aufsichtsrats vorausgesetzt werden können.

Will man also nicht, trotz Kenntnis dieses Umstands, die bisherigen Prüfungsverpflichtungen gerade um deswillen in

---

[1] § 21: „Every company shall at each annual general meeting appoint an auditor or auditors to hold office until the next annual general meeting."
Diese Vorschrift geht, wie man sieht, weiter als die vorgeschlagene, da es sich hier um eine ständige Revision der Geschäftsführung (audit) und nicht nur um die Prüfung der Jahresbilanz handelt.

[2] Commissaires: artt. 32 u. 33 des Gesetzes vom 24. Juli 1867 und art. 14 des oben auf S. 314 erwähnten französischen Gesetzentwurfs. Auch die Commissaires haben ein ständiges Überwachungsrecht.

[3] Auch die Gründer-Versammlung (§§ 182, 190, 196 HGB).

[4] Auch nach dem bestehenden Gesetz (§ 266 Abs. 1) kann die Generalversammlung zur Prüfung der Bilanz Revisoren ernennen.

erster Linie beim Aufsichtsrate belassen, um diesen als Regreßobjekt zu konservieren, sondern will man im Interesse der Gesellschaft, der Aktionäre und der Gläubiger den jedenfalls relativ besten Weg behufs Erforschung der Wahrheit über die Geschäftslage der Gesellschaft einschlagen, so wird man besondere Sachverständige zur Prüfung der hier in Frage stehenden wichtigsten Vorlagen mindestens in die erste Linie rücken müssen.

Da nun aber die Fassung des vorgeschlagenen § 246b eine Prüfung „im Sinne der §§ 38—40 und 261 HGB", also nicht eine lediglich formelle, sondern eine materielle Prüfung der Bilanz vorschreibt, so wird in der Regel eine Zuziehung von sogen. Bücherrevisoren nicht ausreichend sein.

4. Aus diesem Grunde wird im § 246d des Entwurfs vorgeschlagen, daß als Revisoren in erster Linie, also soweit solche zur Verfügung stehen, solche Personen gewählt werden sollen, die von Gesellschaften oder Anstalten zu solcher Prüfung besonders ausgebildet sind, falls diese Gesellschaften bestimmten, im § 246d des Entwurfs näher bezeichneten Voraussetzungen entsprechen.

Die Absicht, welche mich hierbei leitete, geht dahin, allmählich, und zwar nach englischem Vorbild, aber unter tunlichster Vermeidung der großen, dem englischen System der accountants und chartered accountants anhaftenden Schwächen[1], in Deutschland Revisoren heranzuziehen, welche nicht nur auf Grund der sorgfältigen Ausbildung, die ihnen von hierzu allein oder mit hierzu begründeten Gesellschaften unter deren Verantwortung zu Teil geworden, sondern mit der Zeit auch auf Grund ihrer naturgemäß immer wertvoller werdenden praktischen Erfahrungen eine wirkliche Gewähr dafür bieten, daß die Bilanzen der Aktiengesellschaft ein klares und wahres Bild der tatsächlichen Lage der Gesellschaft geben.

Während bisher in Deutschland, soweit mir bekannt, nur die Deutsche Treuhandgesellschaft, und auch diese nur seit kurzem, derartige Revisoren ausbildet und zur Verfügung stellt[2], dürfte, wenn der Vorschlag in das Gesetz übergehen sollte, dem Umfange des Bedürfnisses entsprechend, voraussichtlich alsbald eine große Reihe ähnlicher Gesellschaften begründet werden. Voraussetzung der praktischen Anwendbarkeit und

[1] Vgl. hierüber insbes. Anthony Pulbrook S. 147/148.

[2] Vgl. den 13. Geschäftsbericht der Deutschen Treuhand-Gesellschaft für die Zeit vom 1. Januar bis 31. Dezember 1902 S. 3/4.

Durchführbarkeit des Vorschlages wäre aber, daß diejenigen Gesellschaften, welche Revisoren besonders ausbilden und zur Verfügung stellen, auch gewisse Verpflichtungen in bezug auf die Person, die Tätigkeit und die Verschwiegenheit dieser Revisoren übernehmen und daß der Regreß gegen diese Gesellschaften im Falle der Verletzung jener Verpflichtungen durch den Besitz eines nicht zu gering zu bemessenden Grundkapitals und durch eine Reihe von jenen Verpflichtungen entsprechenden satzungsmäßigen Bestimmungen gesichert erscheint.

Diese notwendigen Voraussetzungen für die Lebensfähigkeit des Instituts stellen die Vorschriften des § 246d fest.

5. Selbstredend kann, da nicht mit Bestimmtheit vorauszusehen ist, ob immer und überall derartige Revisoren in ausreichender Anzahl zur Verfügung stehen, lediglich vorgeschrieben werden, daß solche Revisoren in erster Linie gewählt werden sollen. Ich hege aber darüber keinen Zweifel, daß, wenn solche Revisoren überhaupt zu haben sind, die Gesellschaften, schon in ihrem eigensten Interesse, künftighin unter allen Umständen derartige Revisoren wählen würden. Sollte dies aber im einzelnen Falle nicht geschehen, oder sollten etwa Revisoren aus der Zahl der Konkurrenten der Gesellschaft seitens einer zufälligen Mehrheit der Generalversammlung gewählt werden, so ist durch das in § 246c des Entwurfs (Anlage 1) gewährte Recht der Beschwerde an die Handelskammer oder das Amtsgericht genügende Vorsorge getroffen, um die Aufhebung eines solchen Beschlusses zu ermöglichen.

Handelskammer oder Amtsgericht haben auch dann zu entscheiden, wenn die Generalversammlung Revisoren überhaupt nicht gewählt hat, welchenfalls jedem Aktionär das Beschwerderecht zustehen soll, sowie auch dann, wenn einer oder mehrere der erwählten oder ernannten Revisoren (durch Tod oder Verhinderung) wegfallen oder ablehnen sollten[1].

6. Durch die Vorschrift des § 246d des Entwurfs (Anlage 1), wonach die Handelskammer oder das Amtsgericht auf Antrag befugt ist, falls die im § 246d Abs. 1 bezeichneten Voraussetzungen vorliegen, jene besonders ausgebildeten Revisoren zu vereidigen, wird für die Autorität und Qualifikation dieser

[1] Es ist also, im Gegensatz zu § 21 Nr. 2 und 5 der Companies Act 1900, davon abgesehen worden, in diesem Falle und im Falle der Nichternennung von Revisoren durch die Generalversammlung den Aufsichtsrat zur Ausfüllung einer solchen Lücke zu ermächtigen.

Revisoren noch eine weitere Grundlage geschaffen, die dann andererseits wieder jenen Gesellschaften eine gewisse Sicherheit bietet.

7. Im § 246e Abs. 1 des Entwurfs (Anlage 1) werden, in Anlehnung an den § 267 Abs. 1 HGB. und den § 23 der Companies Act v. 8. August 1900 (Rights and duties of auditors), Vorschriften vorgeschlagen, welche allein den Revisoren eine erfolgreiche Durchführung ihrer besonders schwierigen und verantwortlichen Aufgabe ermöglichen können.

Der Absatz 2 geht noch über jene Gesetze hinaus, indem er, damit nicht etwa der Inhalt des ersten Absatzes eine lex imperfecta bleibe, dem zuständigen Gerichte die Befugnis einräumt, den Vorstand durch Ordnungsstrafen dazu anzuhalten, den Revisoren alle von diesen verlangten Aufklärungen und Nachweise *zu liefern*.

Ob es nach deutschem Recht erforderlich ist, an der Spitze des zweiten Absatzes auch noch die *Pflicht* der Revisoren ausdrücklich festzustellen, alle Aufklärungen und Nachweise *zu verlangen*, welche die sorgfältige Erfüllung der ihnen obliegenden Prüfungspflicht (§ 246b) erfordert, kann bezweifelt werden, da nach allgemeinen Grundsätzen wohl die letztere Pflicht aus der ersteren ohne Bedenken gefolgert werden könnte.

Immerhin erscheint eine derartige ausdrückliche Feststellung schon aus dem Grunde wünschenswert, weil sie den Revisoren zum Bewußtsein bringt, daß sie auch persönlich verantwortlich sind, und weil die Weglassung einer solchen Vorschrift im § 23 der Companies Act 1900 von erfahrener englischer Seite[1] als eine überaus bedauerliche und empfindliche Lücke bezeichnet wird.

8. Der § 246f Abs. 1 des Entwurfs (Anlage 1) legt den Revisoren noch eine weitere Pflicht auf. Sie haben dem Aufsichtsrate und der Generalversammlung nicht nur darüber zu berichten, ob die Bilanz in der Tat den Vorschriften der §§ 38—40 und 261 HGB. entspricht, sondern auch ausdrücklich in ihrem Berichte *festzustellen*, ob die ihrerseits verlangten Aufklärungen und Nachweise seitens des Vorstands

[1] *Anthony Pulbrook* S. 148 (zu § 21 Companies Act. 1900): „The auditors have to certify whether their requirements have been complied with, *but there is no provision rendering it necessary for them to make any requirements* at all. Probably an auditor, who whished to do so, would be kicked out.“

geliefert worden sind. Überdies wird im Absatz 3 hinsichtlich der Auslegung des Prüfungsberichts der Revisoren Vorsorge getroffen.

Dem Aufsichtsrate kann nach diesem System naturgemäß nur eine Pflicht der Nachprüfung des Revisorenberichts auferlegt werden, die er nach allgemeinen Grundsätzen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vorzunehmen hat, die er aber auch nach einzelnen Richtungen durch besondere Sachverständige, für deren sorgfältige Auswahl er einzustehen hat, vornehmen lassen kann.

In Abs. 1 und 2 des § 246f des Entwurfs ist vorgesehen, daß der Aufsichtsrat der Generalversammlung schriftlich zu berichten hat, daß und in welcher Weise diese Nachprüfung erfolgt ist, also ob er sie selbst besorgt hat oder ob und nach welchen Richtungen er sie durch besondere, von ihm ausgewählte und namhaft zu machende Sachverständige hat besorgen lassen. Zur Erstattung dieses Berichts können die Mitglieder des Aufsichtsrats nach § 246f Abs. 2 des Entwurfs seitens des Gerichts durch Ordnungsstrafen angehalten werden.

9. Der § 246g des Entwurfs (Anlage 1) soll die Durchführung der in vorstehendem erläuterten Vorschriften nach doppelter Richtung in besonders scharfer Weise sichern:

Einerseits dadurch, daß jeder Beschluß der Generalversammlung über die Genehmigung der Jahresbilanz und Gewinnverlustrechnung, der nicht auf Grund eines den Bestimmungen des § 246f entsprechenden Revisorenberichts erfolgt, für nichtig erklärt wird.

Andererseits dadurch, daß die Entlastung der Mitglieder des Vorstands so lange nicht erfolgen kann, als nicht die von den Revisoren verlangten Aufklärungen und Nachweise geliefert sind. Bei der letzteren Vorschrift hat mir namentlich der Inhalt des § 194 Satz 2 HGB. vorgeschwebt, kraft deren, solange sich die Gründer weigern, der Entscheidung nachzukommen, wonach sie noch Aufklärungen und Nachweise zu liefern haben, die Erstattung des Prüfungsberichts (und damit die Eintragung der Gesellschaft) zu unterbleiben hat. —

Ich habe die Überzeugung, daß, falls derartige Vorschriften, wie die hier vorgeschlagenen, Gesetz werden sollten, eine nicht unerhebliche Besserung des jetzigen Zustands erreicht sein wird, weil diese Vorschriften, wie mir scheint, im Gegen-

satz zu den jetzt bestehenden, nicht nur praktisch durchführbar, sondern auch, wofür durch eine Reihe recht einschneidender Maßregeln gesorgt ist, erzwingbar sind.

Allerdings können auch die neuen Vorschläge naturgemäß nur einen relativen Schutz[1] bieten. Einen absoluten Schutz gegen Mißbräuche und peinliche Überraschungen wird man nach wie vor lediglich von der seitens des Gesetzgebers nicht erzwingbaren sorgfältigen Auswahl aller Gesellschaftsorgane, und hier wieder in erster Linie von der unbedingten Zuverlässigkeit, Rechtlichkeit und Arbeitsfreudigkeit eines vorsichtigen und geschäftstüchtigen Vorstands erwarten können. —

Anlage 1.

Gesetzentwurf.

An Stelle des § 246 HGB. treten die folgenden, auch auf bestehende Gesellschaften anwendbaren Vorschriften:

§ 246.

Überwachungspflicht.

Der Gesellschaftsvertrag muß bestimmen (§ 182 Abs. 2 HGB.), nach welchen Richtungen und in welchen Zeitabschnitten mindestens der Aufsichtsrat die Geschäftsführung des Vorstandes während des Geschäftsjahres zu prüfen verpflichtet ist; diese Prüfung hat der Aufsichtsrat selbst oder, unter seiner Verantwortung, durch von ihm bestimmte Mitglieder vorzunehmen oder, nach einzelnen im Gesellschaftsvertrage anzugebenden Richtungen, durch besondere Sachverständige vornehmen zu lassen.

Überwachungsrecht.

Daneben ist der Aufsichtsrat berechtigt, die gesamte Geschäftsführung des Vorstands zu überwachen und sich zu diesem Zwecke von dem Gange der Gesellschaftsangelegenheiten zu unterrichten. Er kann über diese Angelegenheiten Berichterstattung von dem Vorstande verlangen und selbst oder durch von ihm zu bezeichnende Mitglieder oder für einzelne Fragen durch besondere Sachverständige die Bücher und Schriften der Gesellschaft einsehen, sowie den Bestand der Gesellschaftskasse und die Bestände an Wertpapieren und Waren untersuchen.

Berufung d. Generalversammlung.

Der Aufsichtsrat ist, außer den im Gesetz oder Gesellschaftsvertrag ausdrücklich bestimmten Fällen, berechtigt, eine

[1] RG. Entsch. Bd. 13 S. 45.

Generalversammlung zu berufen, wenn dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich erscheint.

Weitere Obliegenheiten des Aufsichtsrats werden durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt.

§ 246a.

Eintragung u. Veröffentlichung.

Die im Abs. 1 des § 246 bezeichneten Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages sind ihrem Wortlaute nach in das Handelsregister einzutragen und durch das Gericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, zu veröffentlichen.

§ 246b.

Prüfung der Bilanz durch Revisoren.

Behufs Prüfung des der nächstjährigen Generalversammlung vorzulegenden Geschäftsberichts des Vorstands, sowie behufs Untersuchung der Jahresbilanz im Sinne der §§ 38—40 und 261 HGB. und der Gewinn- und Verlustrechnung hat die Generalversammlung mindestens zwei Revisoren (Rechnungsprüfer) zu wählen und deren Vergütung festzustellen.

Beamte oder Mitglieder des Aufsichtsrats der Gesellschaft können zu Revisoren nicht bestellt werden.

§ 246c.

Beschwerde a) gegen die Person der Revisoren.

Der Vorstand und der Aufsichtsrat der Gesellschaft ist befugt, im Interesse der letzteren gegen die Person der Revisoren zum Protokoll der Generalversammlung oder binnen einer Woche nach der Generalversammlung bei einem für den Sitz der Gesellschaft zuständigen Notar schriftliche Beschwerde zu erheben.

Im Falle einer solchen Beschwerde hat das zur Vertretung des Handelsstandes am Sitze der Gesellschaft zuständige Organ, in Ermangelung eines solchen das Gericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, nach Anhörung des Beschwerdeführers endgültig die gewählten Revisoren zu bestätigen oder andere zu ernennen.

b) bei Wegfall oder Ablehnung von Revisoren. c) gegen die Höhe der Vergütung.

Die gleiche Stelle ist auf Antrag des Vorstands oder des Aufsichtsrats auch bei Wegfall oder Ablehnung eines oder mehrerer der erwählten oder ernannten Revisoren, sowie ferner dann zur Entscheidung zuständig, wenn gegen die von der Generalversammlung festgesetzte Höhe der Vergütung der Revisoren von diesen oder vom Vorstande oder Aufsichtsrate der Gesellschaft Beschwerde erhoben ist.

d) bei unterlassener Wahl.

Hat die Generalversammlung Revisoren nicht ernannt, so ist neben dem Vorstand und Aufsichtsrat jeder Aktionär zur Erhebung der Beschwerde in den im Abs. 1 vorgeschriebenen Formen und Fristen berechtigt.

§ 246 d.

Voraussetzungen d. Wahl oder Ernennung v. Revisoren.

Zu Revisoren behufs der im § 246 b vorgeschriebenen Prüfung sollen in erster Linie solche Personen gewählt oder ernannt werden, welche von Gesellschaften oder Anstalten besonders ausgebildet und angestellt sind, falls diese Gesellschaften oder Anstalten ein vollgezahltes Grundkapital von mindestens Einer Million Mark besitzen und nach ihren Satzungen für sorgfältige Auswahl der Revisoren sowie dafür selbstschuldnerisch haften, daß sowohl der Inhalt des Prüfungsberichts vor dessen Vorlegung in der Generalversammlung, als die den Revisoren gelegentlich ihrer Prüfung zur Kenntnis gelangten Geschäftsvorgänge nicht unbefugten Dritten mitgeteilt werden.

Vereidigung.

Unter diesen Voraussetzungen ist die im § 246 c Abs. 2 bezeichnete Stelle auf Antrag befugt, derartige Revisoren als solche zu vereidigen.

§ 246 e.

Rechte und Pflichten der Revisoren.

Der Vorstand hat den Revisoren die Einsicht der Bücher und Schriften der Gesellschaft, sowie die Untersuchung der Gesellschaftskasse und der Bestände an Wertpapieren und Waren zu gestatten.

Die Revisoren haben vom Vorstande alle Aufklärungen und Nachweise zu verlangen, welche die sorgfältige Erfüllung der ihnen obliegenden Prüfungspflicht (§ 246 b) erfordert.

Der Vorstand ist verpflichtet, den Revisoren alle von diesen verlangten Aufklärungen und Nachweise zu liefern; er kann hierzu von dem Gericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, durch Ordnungsstrafen angehalten werden.

§ 246 f.

Inhalt des Revisionsberichts.

In dem Bericht der Revisoren ist besonders festzustellen, ob die geprüfte Bilanz den Vorschriften der §§ 38—40 und 261 HGB. entspricht und ob die von den Revisoren verlangten Aufklärungen und Nachweise seitens des Vorstands geliefert worden sind.

Nachprüfung durch d. Aufsichtsrat.

Der Bericht der Revisoren ist durch den Aufsichtsrat nachzuprüfen, welcher mit dieser Nachprüfung nach einzelnen

Richtungen besondere Sachverständige betrauen kann. Er ist alsdann, zusammen mit dem Geschäftsbericht des Vorstands, der Generalversammlung mit der schriftlichen Erklärung des Aufsichtsrats vorzulegen, daß und in welcher Weise diese Nachprüfung erfolgt ist.

Die Mitglieder des Aufsichtsrats können von dem Gericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, zur Abgabe dieser Erklärung durch Ordnungsstrafen angehalten werden.

Auslegung des Berichts.

Die Vorschriften des § 263 HGB. finden auf die Auslegung des Prüfungsberichts der Revisoren sinngemäße Anwendung.

§ 246g.

Nichtigkeit der Bilanzgenehmigung ohne Bericht.

Ein Beschluß der Generalversammlung über die Genehmigung der Bilanz und der Gewinn- und Verlustrechnung ist nichtig, wenn er nicht auf Grund des vorgeschriebenen schriftlichen Berichts der gewählten oder ernannten Revisoren erfolgt ist.

Keine Entlastung vor Lieferung aller Aufklärungen.

Die Entlastung der Mitglieder des Vorstands kann solange nicht beschlossen werden, als diese nicht die von den Revisoren verlangten Aufklärungen und Nachweise geliefert haben.

Anlage 2.

Literatur zur Aufsichtsratsfrage.

A. Besonders erschienene Schriften.

Auerbach, Das Gesellschaftswesen in juristischer und volkswirtschaftlicher Hinsicht. Frankfurt a. M. 1861.

Regelsberger, Ferdinand, Beiträge zur Lehre von der Haftung der Behörden und Beamten der Aktiengesellschaften. Gießen 1872.

Auerbach, Das Aktienwesen. Frankfurt a. M. 1873.

Wiener, H., Goldschmidt, Behrend, Zur Reform des Aktiengesellschaftswesens. 3 Gutachten auf Veranlassung der Eisenacher Versammlung zur Besprechung der sozialen Frage. Leipzig 1873.

Wagner, Adolf, Referat über Aktiengesellschaftswesen. Ebenda.

Hecht, Felix, Die Kreditinstitute auf Aktien und auf Gegenseitigkeit. Bd. I, Das Börsen- und Aktienwesen der Gegenwart und die Reform des Aktiengesellschaftsrechts. Mannheim 1874.

von Strombeck, J., Ein Votum zur Reform der deutschen Aktiengesetzgebung. Berlin 1874.

Holtschmidt, C. F., Zur Reform des Aktiengesetzes. Berlin 1875.

Anonymus, Ein Mahnruf zur Reform des Aktienrechts. Von einem praktischen Juristen. Berlin 1874.

Marcinowski, F., Die Reform der Aktiengesetzgebung. Vortrag. Königsberg i. Pr. 1876.

Tellkampf, J. L., Vorschläge zur Verbesserung des Aktiengesellschaftswesens. Berlin 1876.

Antrag Preußens beim Bundesrat, betr. die Reform der Aktiengesetzgebung, nebst der denselben motivierenden Denkschrift. Berlin 1877.

Bacher, A., Zur Reform der Gesetzgebung über Aktiengesellschaften. Ein Gutachten. Zweite Auflage. Stuttgart 1877.
Oechelhäuser, W., Die Nachteile des Aktienwesens und die Reform der Aktiengesetzgebung. Berlin 1878.
Löwenfeld, H., Das Recht der Aktiengesellschaften. Kritik und Reformvorschläge. Berlin 1879.
Reinganum, Die Rechte der Aktionäre und die Haftbarkeit des Aufsichtsrats. Frankfurt a. M. 1881.
Hecht, Felix, Zur Reform des Aktiengesellschaftsrechts. Berlin 1882.
Delbrück, A., Bemerkungen zu dem Entwurf eines Gesetzes betr. Kommanditgesellschaften auf Aktien und Aktiengesellschaften. Berlin 1883.
Glienicke, Die Klagen der einzelnen Aktionäre gegen Vorstand und Aufsichtsrat. Berlin 1884.
Goldschmidt, L., Zur Reform des Aktiengesellschaftsrechts. Stuttgart 1884.
Hecht, Karl, Zur Reform der Aktiengesetzgebung (Vortrag). Frankfurt a. M. 1884.
Wiener, Der Aktiengesetzentwurf. Betrachtungen und Vorschläge. Leipzig 1884.
Ledru, Alphonse, Organisation, attributions et responsabilité des conseils de surveillance des sociétés en commandite par actions (loi du 24 juillet 1867). Paris 1867. Neue Auflage Paris 1885.
Höland, E., Die Organe der Aktiengesellschaften. Jena 1886.
Hergenhahn, Th., Berufung und Tätigkeit der Generalversammlung der Aktiengesellschaften nach dem Reichsgesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884. Berlin 1888.
Tscharmann, Der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaften. (Ausgewählte Doktordissertationen der Leipziger Juristenfakultät). Leipzig 1896.
Kaiser, Die zivilrechtliche Haftung des Vorstandes und Aufsichtsrats von Aktiengesellschaften und Genossenschaften. München 1897.
Molitor, Wilhelm, Rechte, Pflichten und Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder. Heidelberg 1897.
Mankiewicz, Die Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats nach dem Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Berlin 1899.
Müller, Hermann, Die Gewinnanteile der Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats von Aktiengesellschaften. Hannover und Leipzig 1899.
Pemsel, Die Tantiemen des Vorstandes und Aufsichtsrats von Aktiengesellschaften. (Sonderabdruck aus der Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen). Berlin 1899.
Rießer, Die Neuerungen im deutschen Aktienrecht. Berlin 1899.
Bauer, J., Der Aufsichtsrat. Berlin 1892. 2. Auflage. Leipzig 1900.
Congrès international des Sociétés par actions tenu à Paris du 8 au 13 juin 1900. Compte rendu sténographique. Paris 1900.
Pulbrook, Anthony, Responsabilities of directors and working of companies under the companies Acts, 1862—1900. London 1901.
Schirrmeister, Gustav, Dr., Die englische Aktiennovelle vom 8. August 1900. (The Companies Act, 1900). Berlin 1901.
Biermer, Die neueste Bankkrisis und das deutsche Aktienrecht. Gießen 1902.
Gemünd & Knödgen, Wie kann unser Aktienwesen gesunden? Köln 1902.
Küntzel, Der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft. Seine Rechte und Pflichten. Leipzig 1902.
Preische, Eugen, Gewinnvortrag und Tantiemenberechnung für Vorstand und Aufsichtsrat deutscher Aktiengesellschaften. Berlin 1902.

Warschauer, Otto, Prof. Dr., Die Reorganisation des Aufsichtsratswesens in Deutschland. Berlin 1902.
Weber, A., Depositenbanken und Spekulationsbanken. Leipzig 1902.

B. In Zeitschriften.

Perl, Das Recht des Aufsichtsrates einer Aktiengesellschaft (Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, 3. Folge, 7. Jahrg. S. 621—645) 1883.
Hergenhahn, Gründererklärung und Prüfung des Gründungshergangs bei Aktiengesellschaften. (Beitr. zur Erläuterung des Deutschen Rechts Bd. 36) 1892.
Marcus, Die Bestimmungen des künftigen Handelsgesetzbuchs über den Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft in ihren Grundzügen (Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts 8. Jahrg. Nr. 7) 1897.
Hagen, Über die Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats bei der Aktiengesellschaft (Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts Bd. 42) 1898.
Oswalt, Über die Verwendung des Reingewinns der Aktiengesellschaft. (Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen 8. Jahrg. Nr. 10) 1898.
Bernhard, Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats (Die chemische Industrie S. 177) 1899.
Kahn, Darf das Recht des Aufsichtsrats, eine außerordentliche Generalversammlung einzuberufen, statutarisch beschränkt werden? (Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen 9. Jahrg. S. 133) 1899.
Keyßner, Vom Aufsichtsrat und dessen Vergütung. (Zeitschrift für das ges. Handelsrecht, Bd. 48, S. 508—520) 1899.
Kleinwächter, Zur Frage der Reform des österreichischen Aktienrechts, (Juristische Blätter 28. Jahrg. Nr. 36) 1899.
Fuld, Inkomptabilität von Vorstand und Aufsichtsrat. (Zeitschrift für das ges. Aktienwesen, 10. Jahrg. Nr. 4 S. 81—84). 1900.
Mankiewicz, Zusammensetzung des Aufsichtsrats. (Zeitschrift für das ges. Aktienwesen 10. Jahrg. Nr. 1 S. 3—4). 1900.
Pinner, Berechnung der Tantieme des Aufsichtsrates nach Prozenten der Rücklage. (Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen S. 157). 1900.
Schuster, Ernst, Dr., Neuerungen im englischen Aktienrecht (Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen 10. Jahrg. Nr. 3 S. 53—59). 1901.
Simon, Müssen Aktiengesellschaften, welche vor Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 11. Juni 1870 gegründet sind, einen Aufsichtsrat haben? (Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen 10. Jahrg. Nr. 2). 1900.
Anonymus, Der Aufsichtsrat. (Der Lootse 46. Heft). 1901.
Anonymus, Zur Geschäftsführung des Aufsichtsrats. (Zeitschrift für das ges. Aktienwesen 11. Jahrg. S. 12). 1901.
Bernau, Die Amtsniederlegung der Mitglieder des Aufsichtsrates einer Aktiengesellschaft. (Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. 2. Teil 8. Bd. 1.—3. Heft und separat, Jena 1901.
Fuld, Die Kumulierung bei Aufsichtsräten. (Zeitschrift für das ges. Aktienwesen 11. Jahrg. Nr. 6 S. 109—110). 1901.
Pinner, Der Aufsichtsrat und seine Gegner. (Deutsche Juristen-Zeitung 6. Jahrg. Nr. 16—17 S. 373—375). 1901.
Plutus, Aufsichtsräte. (Zukunft S. 516—519.) 1901.
Rehm, Die Tantiemengarantie bei Aktiengesellschaften. (Deutsche Juristen-Zeitung S. 491). 6. Jahrgang. 1901.
Simonson, Empfiehlt sich eine Verschärfung der Vorschriften über die zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats von Aktiengesellschaften? (Bank-Archiv S. 23). 1901.

Strauss, Die Reorganisation des Aufsichtsratswesens in Deutschland. (Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen 11. Jahrg. Nr. 4) 1901.
Wagner, Adolf, Bankbrüche und Bankkontrollen. (Deutsche Monatsschrift für das ges. Leben der Gegenwart Nr. 1 u. 2) 1901.
Wittkowsky, Der Aufsichtsrat und seine Mitglieder. (Juristische Wochenschrift 30. Jahrg. Nr. 93 u. 94 S. 768—770) 1901.
Anonymus, Der Aufsichtsrat als Kontroll- und Verwaltungsorgan. (Zeitschrift für Aktiengesellschaften, Herausgegeben von Joseph Bauer, 9. Jahrg. Nr. 5) 1902.
Anonymus, Widerlegung der das Aufsichtsratswesen betr. Reformvorschläge. (Ebenda Nr. 9) 1902.
Anonymus, Hintansetzung eines Aufsichtsratsmitgliedes durch den Vorsitzenden. (Ebenda Nr. 11) 1902.
Bieherfeld, J., Der Aufsichtsrat. (Gesetz und Recht S. 85) 1902.
von Brockdorff, Die Reorganisation des Aufsichtsratswesens in Deutschland. (Annalen des Deutschen Reichs Nr. 10 S. 735—742) 1902.
Göhre, P., Der Aufsichtsrat. (Zukunft S. 13) 1902.
von Gordon, Juristische Glossen zum Kasseler Treber- und zum Leipziger Bankprozeß. (Deutsche Juristen-Zeitung 7. Jahrg. Nr. 16 S. 371—383) 1902.
Hagens, Walter, Dr., Organisation und Wirksamkeit der öffentlichen Bücherrevisoren und Rechnungsführer: Chartered accountants in England. (Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen 11. Jahrg. Nr. 7 S. 153—158) 1902.
Kalkmann, Reorganisation des Aufsichtsratswesens in Deutschland. (Deutsche Stimmen S. 362) 1902.
Loeh, Ernst, Dr., Das Institut des Aufsichtsrats, seine Stellung und Bedeutung im deutschen Aktienrecht und der deutschen Volkswirtschaft, die Notwendigkeit und Möglichkeit seiner Reform. (Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik 3. Folge 23. Bd. Heft 1 S. 1—28) 1902.
Mittelstädt, Dr., Kollision zwischen Untreue und Verschleierung. (Deutsche Juristen-Zeitung 7. Jahrg. S. 520—523) 1902.
Rosendorff, Bankbrüche und Bankkontrollen. (Annalen des Deutschen Reichs S. 182—197) 1902.
Stenglein, Die Reform des Aktienrechts. (Der Gerichtssaal 60. Bd. 6. Heft S. 433—447) 1902.
Zitelmann, F. C., Über die Amtsniederlegung von Aufsichtsratsmitgliedern der Aktiengesellschaften vor Ablauf ihrer Wahlperiode nach altem und neuem Recht. (Zeitschrift für das ges. Handelsrecht 52. Bd. 1—3 Heft S. 31) 1902.
Fuld, Zur Revision der Aktiengesetzgebung. (Zeitschrift für das ges. Aktienwesen 13. Jahrg. Nr. 1 S. 1—12) 1901.
Schirrmeister, Gustav, Der Aufsichtsrat und seine Reform nach englischem Aktienrecht im Vergleich zum deutschen Aktienrecht. (Jahrbuch der Internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre Bd. 6 und 7 S. 211—239) 1903.
Stier-Somlo, Die Reform des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft. (Zeitschrift für das ges. Handelsrecht Bd. 53 1.—2. Heft S. 20—78) 1903.



DER ENGLISCHE AKTIENSCHEIN.
(SHARE CERTIFICATE.)



Von Dr. ERNST SCHUSTER,
BARRISTER-AT-LAW IN LONDON.



Das Reichsgericht hat wiederholt die Frage behandelt, ob eine Urkunde über das Eigentum an ausländischen Aktien als Aktie im Sinne von Tarifnummer 1 b des deutschen Reichsstempelgesetzes anzusehen sei (Entsch. in Zivils. Bd. 36 S. 154; Bd. 37 S. 114; Bd. 42 S. 39)[1]. Keine der erwähnten Entscheidungen bezieht sich auf englische Share Certificates; aber ein vor kurzem zu meiner Kenntnis gekommener Fall veranlaßt mich, anzunehmen, daß deutsche Steuerbehörden geneigt sind, letztere in der gleichen Weise zu behandeln wie die Urkunden, welche den Gegenstand der Verhandlungen vor dem Reichsgericht bildeten. (Bd. 36 behandelt eine südafrikanische, Bd. 37 eine kanadische, Bd. 42 eine dänische Urkunde.) Zweck der nachfolgenden Darstellung ist es, zu untersuchen, ob diese Gleichstellung gerechtfertigt ist. Die Erörterung dieses Gegenstandes bedingt eine Darlegung der juristischen Natur der in Frage kommenden Urkunden, welche auch, abgesehen von der stempelrechtlichen Frage, für den deutschen Bankverkehr eine gewisse praktische Bedeutung hat.

1.

Eine auf Grund der englischen Companies Act 1862 und der sich an dieselben anschließenden Gesetze begründete „Company limited by Shares“ entspricht in der Hauptsache einer deutschen Aktiengesellschaft; aber es bestehen zwischen den beiden Rechtseinrichtungen nicht unbeträchtliche Unterschiede.

Die meisten derselben haben für die vorliegende Frage keine unmittelbare Bedeutung; es ist aber nötig, darauf hinzuweisen, daß die deutsche Aktiengesellschaft, ihrer juristischen und wirtschaftlichen Natur nach, einen ausgedehnten, stets ver-

---

[1] Die nachfolgenden Verweisungen unter Angabe der Nummer des Bandes mit oder ohne Hinzufügung der Seitenzahl beziehen sich auf diese Entscheidungen.

änderlichen Kreis von Mitgliedern und dementsprechend die leichte Begebbarkeit der Aktien voraussetzt, während dies bei der englischen „Company limited by Shares"[1] nicht der Fall ist. Die Company entspricht daher nicht nur der Aktiengesellschaft, sondern auch der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Das Wort „share" im Sinne der „Companies Acts"[2] bedeutet allerdings, ebenso wie das deutsche Wort „Aktie", einen auf einen von vornherein bestimmten Betrag gestellten Anteil, aber die Einteilung des Kapitals in Shares, die auf einen bestimmten Betrag gestellt sind, ist bei der Company nicht notwendig andauernd. Nach erfolgter Leistung des Nennbetrags der Shares dürfen dieselben jederzeit in „Stock" verwandelt werden; der Inhaber von Stock besitzt dann nicht mehr eine bestimmte Anzahl von Shares, sondern vielmehr einen Bruchteil des Gesellschaftskapitals, dessen Zähler der Nennwert des Stock und dessen Nenner der Nennwert des Gesellschaftskapitals ist. Ein Minimalbetrag der Shares ist nicht vorgeschrieben, und Shares im Betrage von je £ 1 werden häufig ausgestellt; es wird hierdurch die Anlage von nicht abgerundeten Beträgen und die Einteilung unter Miterben, Gesellschaftern usw. in derselben Weise erleichtert, wie durch die Umwandelung in Stock. Es kann auch jederzeit die Teilung jeder einzelnen Share in mehrere Shares von entsprechend kleinerem Nennwert oder die Zusammenlegung mehrerer Shares zu Shares von entsprechend größerem Nennwert beschlossen werden (Comp. Act 1862 S. 12; Comp. Act 1867 S. 21). In allen diesen Einrichtungen drückt sich die Tatsache aus, daß die Company nicht in demselben Sinne wie die Aktiengesellschaft ein Kapitalverein mit einer von vornherein stereotypierten Einteilung des Kapitals ist, sondern daß sie in weit höherem Grade die Eigentümlichkeiten eines Personenvereins und dementsprechend eine stets veränderliche Kapitaleinteilung hat. Dies tritt auch in den Beschränkungen in bezug auf die Begebbarkeit der Shares hervor. Wenn auch das deutsche Recht vinkulierte Namensaktien zuläßt, so sind doch die englischen Rechtsvorschriften in dieser Beziehung viel weit-

[1] In der Folge bedeutet in dieser Abhandlung die Bezeichnung „Company" eine englische „Company limited by shares", die Bezeichnung „Aktiengesellschaft" eine deutsche Aktiengesellschaft.

[2] Dasselbe Wort bezeichnet in einem anderen Sinne auch den Anteil des Gesellschafters in einer offenen HG. (vgl. Partnership Act 1890 passim).

gehenderer Natur. Der Tatsache, daß eine Bestimmung, wie die im HGB. § 180 Abs. 4 enthaltene, nach welcher die Vinkulierung in der Urkunde ersichtlich zu machen ist, im englischen Rechte nicht vorhanden ist, braucht keine übertriebene Bedeutung beigelegt zu werden[1]. Wichtiger aber ist folgender Unterschied zwischen dem deutschen und englischen Rechte. Nach englischem Recht kann in den Statuten die Bestimmung getroffen werden, daß wegen Forderungen der Company gegen ein Mitglied ersterer ein Retentionsrecht (lien) auf die Shares zusteht, und ein derartiges Retentionsrecht ist auch einem Zessionar gegenüber wirksam, es sei denn, daß die Forderung erst entstand, nachdem die Company von der Abtretung benachrichtigt wurde[2]. Durch eine derartige Bestimmung wird nicht nur die Begebbarkeit der Shares in wirksamster Weise gehemmt[3], sondern auch die Begebung oder Verpfändung der den Eigentümern der betreffenden Shares zustehenden vermögensrechtlichen Ansprüche unmöglich gemacht.

2.

Das Wort „Aktie“ bedeutet nicht nur das Anteilsrecht des Aktionärs, sondern auch das Papier, in welchem dasselbe beurkundet und verkörpert wird. Das Wort „Share“ hat nur die erstere Bedeutung. Die auf den Inhaber lautenden „Sharewarrants“, welche auf Grund der Companies Act 1867 S. 27—36 ausgegeben werden dürfen, verkörpern tatsächlich das Recht des Aktionärs und sind daher Aktien im Sinne des deutschen HGB.; ganz anders verhält es sich aber mit den „certificates of shares“, welche sich auf Shares beziehen, welche auf den Namen des betreffenden Mitglieds einer Company eingetragen sind. Das Gesetz schreibt die Ausgabe derartiger Urkunden überhaupt nicht vor; es ist allerdings üblich, in den Statuten zu bestimmen, daß jedes Mitglied einer Company das Recht hat, gegen Zahlung eines bestimmten geringfügigen Betrags

[1] Der Umstand, daß die Begebbarkeit der Aktien nach deutschem Recht auch in anderer als der in HGB. § 180 erwähnten Weise beschränkt werden kann und daß es dann keines Vermerks auf der Aktie bedarf (vgl. Staub, Komm. zum HGB. § 222, Anm. 4), ändert nichts an der Tatsache, daß im Hauptfalle der Begebungsbeschränkung der Vermerk nötig ist.

[2] Selbst in einem solchen Falle ist das Retentionsrecht wirksam, insoweit eine dahingehende Absicht aus den Statuten hervorgeht. New London and Brazilian Bank v. Brocklebank (1882) 21. Ch. D. 302; Roland's Trustees v. Steel (1901) 1 Ch. 289. Palmer: Company Law. S. 116.

[3] Die London Stock Exchange versagt die Notierung der Shares, in bezug auf welche eine derartige Bestimmung besteht.

ein Certificate über seine Shares zu erhalten[1], aber insoweit dies nicht geschieht, besteht das Anrecht nicht. Die Bedeutung des Certificate, insoweit ein solches ausgegeben wird, wird durch Comp. Act 1862 S. 31 in folgender Weise dargelegt:

„Ein mit dem Siegel der Company versehenes Certificate, welches die Share oder die Shares oder den Stock näher bezeichnet, der einem Mitgliede der Gesellschaft gehört, gilt als Prima-Facie-Beweis[2] über das Recht des betreffenden Mitglieds auf die Share (bezw. die Shares oder den Stock), auf welche sich dasselbe bezieht."

Bis zum Beweise des Gegenteils gilt daher die auf dem Certificate als eingetragene Eigentümerin[3] bestimmter Shares bezeichnete Person als Eigentümerin dieser Shares. Es können aber Fälle eintreten, in welchen die Angabe auf dem Certificate nicht dem wahren Sachverhalt entspricht; wenn z. B. jemand auf einer Abtretungsurkunde den Namen des Zedenten der Shares fälscht und die Company bei der Eintragung der Abtretung die Fälschung nicht herausfindet, so stellt sie dem Zessionar ein Certificate aus, in welchem bescheinigt wird, er sei der Eigentümer der betreffenden Shares; aber wenn dieser auch in gutem Glauben ist, und den vollen Wert der Shares bezahlt hat, so bleibt dennoch der angebliche Zedent, dessen Name gefälscht wurde, Eigentümer der Shares, und der Zessionar, auf dessen Name das Certificate lautet, hat im günstigsten Falle ein Recht auf Schadensersatz gegen die Company[4]. Es wird

[1] Vgl. das Normalstatut in der Anlage zur Comp. Act 1862 (Table A) Art. 2.

[2] Wenn in einem englischen Gesetze gesagt wird, der Umstand A sei Prima-Facie-Beweis für die Tatsache B, so ist damit gemeint, daß das Vorhandensein des Umstands A eine Rechtsvermutung für das Vorhandensein der Tatsache B begründet.

[3] Der englische Ausdruck ist „registered holder" (eingetragener Inhaber). Ich wende den Ausdruck Eigentümer an, um der Verwechslung mit Inhaber-Aktien vorzubeugen. Von einem Eigentum an Shares im technisch-juristischen Sinn kann selbstverständlich nicht die Rede sein.

[4] Folgende Beispiele sollen zur Erläuterung dieses Rechts dienen. B, der im Besitze des A gehörenden Certificate ist, zediert die auf letzterem erwähnten Shares an C, indem er auf der Abtretungsurkunde die Unterschrift des A fälscht. C wird als Eigentümer der Shares eingetragen und erhält ein Certificate, in welchem er als „eingetragener Eigentümer" derselben bezeichnet wird; A, der ein schlechter Wirtschafter ist, merkt hiervon nichts, aber nach seinem Tode findet sein Testamentsvollstrecker den Sachverhalt heraus. Die Shares gehören in diesem Falle zum Nachlaß von A, und der Nachlaß hat auch dem C gegenüber ein Recht auf Rückzahlung der inzwischen erhaltenen Dividenden, insoweit dieses Recht nicht durch Verjährung erloschen ist. Hat C die Shares inzwischen an D verkauft und auf letzteren übertragen lassen, so ist seine Stellung in bezug

allerdings in der Regel auf dem Certificate vermerkt, daß keine Abtretungsurkunde eingetragen werden kann, wenn nicht zugleich

---

auf das Recht auf die Shares und die Pflicht der Rückerstattung der erhaltenen Dividenden an A genau dieselbe wie diejenige von C; D aber hat ein Recht auf Schadenersatz der Company gegenüber. Falls C die Shares verkauft und falls es sich vor der Übertragung herausstellt, daß A der wahre Eigentümer ist, so hat C der Company gegenüber ein Recht auf Schadenersatz. Hat er in dem Zeitpunkte, in welchem A oder sein Rechtsnachfolger den Sachverhalt entdeckt, die Shares noch nicht verkauft, so kann er nur dann von der Company Schadenersatz verlangen, wenn er nachweist, daß sein Regreßrecht dem B gegenüber wertlos ist, und wenn die Company nicht nachweisen kann, daß bereits vor der Aushändigung des Certificate an C das Regreßrecht dem B gegenüber wertlos war. Kann C die zuerst erwähnte Tatsache nicht genügend nachweisen oder gelingt der Company der letzterwähnte Nachweis, so hat C der Company gegenüber keinen Anspruch auf Schadenersatz.

Die Haftung der Company beruht auf einer Lehre des englischen Rechts, welche als die Lehre vom „Estoppel" bezeichnet wird und folgenden Inhalt hat: Wenn jemand (auch ohne seine Verschuldung) durch Worte oder Handlungen oder Unterlassungen einen Anderen zur irrtümlichen Annahme einer Tatsache verleitet und dieser Andere durch die Annahme dieser Tatsache zu einer Handlung oder Unterlassung veranlaßt wird, durch welche er Schaden erleidet, so ist der Urheber der falschen Annahme verpflichtet, dem anderen gegenüber so zu verfahren, als ob die betreffende Tatsache wirklich vorhanden wäre, und insoweit dies nicht möglich ist, den durch ihr Nichtvorhandensein entstandenen Schaden zu ersetzen. Durch die Ausstellung eines Share Certificate veranlaßt die Company jemanden, dem dasselbe vorgezeigt wird, zu der Annahme, daß die darin angegebene Tatsache über das Anrecht an den Shares der Wahrheit entspreche. In dem letzterwähnten Beispiele kann C nicht Schadenersatz aus dem Grunde beanspruchen, daß er Zahlung gegen die gefälschte Abtretungsurkunde an B leistete; denn dieser Verlust entstand nicht infolge einer von der Company veranlaßten Annahme, und der Umstand, daß B im Besitze des auf den Namen von A lautenden Certificate war und dadurch in der Lage war, dasselbe bei der angeblichen Abtretung an die Company abzuliefern, ist für die Frage unerheblich. Dadurch aber, daß die Company später an C ein Certificate aushändigte, in welchem sie bescheinigte, daß er eingetragener Eigentümer der von A angeblich abgetretenen Shares sei, veranlaßte sie C, das Regreßrecht, das er dem B gegenüber gehabt hätte, wenn die Company die Fälschung erkannt und das Certificate nicht ausgestellt hätte, nicht auszuüben, und der hierdurch entstehende Schaden muß ersetzt werden. Wäre das Regreßrecht von vornherein wertlos gewesen, so wäre durch dessen Nichtausübung kein Schaden entstanden, und C und nicht die Company müßte den durch die Fälschung entstandenen Verlust tragen. Die Beweislast über die Tatsache, daß zur Zeit der Klage das Regreßrecht wertlos ist, trifft den Inhaber des auf Grund der gefälschten Abtretung ausgestellten Certificate; die Beweislast über die Tatsache, daß das Regreßrecht bereits vor Aushändigung des Certificate an letzteren wertlos war, trifft die Company (Re Bahia & San Francisco Co. L. R. 3 Q. B. 593; Tompkinson v. Balkis Co. (1893) A. C. 396; Dixon v. Kennaway & Co. (1900) 1 Ch. 833).

Nach früherem Recht war eine Company da, wo sie nicht zum Schadenersatz verpflichtet war, auch nicht berechtigt, einen getäuschten Käufer von Shares zu entschädigen, und es entstand hierdurch eine Beunruhigung im Publikum, da es auch bei Anwendung jeder Vorsichtsmaß-

das Certificate eingereicht wird; aber die Eintragung wäre trotz diesem Vermerk auch bei Nichteinreichung des Certificate wirksam, insoweit die Abtretungsurkunde vom Eigentümer der Shares ausgestellt worden wäre. Wenn zum Beispiel dieser glaubhaft macht, daß das Certificate zerstört oder verloren ist und diese Angabe richtig ist, so hätte die Eintragung, die ohne die Einreichung des Certificate erfolgte, für niemanden nachteilige Folgen. Wäre die Angabe falsch, und würde zum Beispiel der Eigentümer durch Vorzeigung des Certificate und Ausstellung einer zweiten Zessionsurkunde einen Dritten schädigen, so hätte letzterer nach den in Anmerkung 4 S. 330 erwähnten Grundsätzen Anspruch auf Schadensersatz gegen die Company, aber der erste Käufer wäre unzweifelhafter Eigentümer der betreffenden Shares. Die Fälschung von Abtretungsurkunden erfolgt übrigens meistens von seiten ungetreuer Beamten oder anderer Personen, welchen der Eigentümer der Shares das Certificate anvertraut. Das Certificate wird also regelmäßig im Falle derartiger Fälschungen an die Company abgeliefert, und der Eigentümer der Shares hat dann keinerlei Urkunde über dieselben; aber trotzdem und ohne Rücksicht auf die Zahl der Jahre, während welcher dieser Zustand dauert, bleibt er, bezw. sein Rechtsnachfolger, Eigentümer der Shares, während der Inhaber des auf Grund der gefälschten Abtretung oder einer späteren Abtretung ausgestellten Certificate, obgleich dasselbe seine Berechtigung bescheinigt, und obgleich er im guten Glauben den Wert der Shares bezahlt hat, kein Anrecht auf die Shares hat.

Der Vermerk auf dem Certificate, daß dasselbe bei der Abtretung der Shares bei der Company einzuliefern ist, hat nicht die Bedeutung, daß die Company sofort nach Einlieferung des Certificate und der Abtretungsurkunde den Zessionar eintragen und ihm ein neues, auf seinen Namen lautendes Certificate aushändigen muß. Sie ist vielmehr berechtigt, über die Echtheit der Abtretungsurkunde weitere Nachweise zu verlangen (Société Générale v. Walker 11 Appeal Cases 41).

---

regel unmöglich ist, sich jederzeit gegen gefälschte Abtretungsurkunden zu schützen. Die „Forged Transfer Acts“ von 1890 und 1891, welche jetzt maßgebend sind, ermächtigen jede Company, Schadensersatz für Verluste, die durch gefälschte Abtretungsurkunden entstehen, auch dann zu leisten, wenn sie hierzu nicht nach Rechtsvorschrift verpflichtet ist, und es kommt öfters vor, daß eine Company, um den Verkehr in ihren Shares zu erleichtern, ankündigt, daß sie unter gewissen Voraussetzungen unter allen Umständen für derartige Verluste haften will.

In den Statuten einer Company findet sich meistens eine Bestimmung, nach welcher, falls ein Certificate zerstört oder verloren wird, ein zweites Certificate an seiner Stelle ausgestellt werden kann (vgl. Normalstatut Art. 3). Es ergibt sich hieraus, daß in den Fällen, in welchen die Angabe über den Verlust des Certificate in betrügerischer Absicht gemacht wurde, oder falls sich ein verloren geglaubtes Certificate wiederfindet, zwei gleichberechtigte Certificates über dieselben Shares vorhanden sind, indem eine Kraftloserklärung des angeblich verlorenen Certificate in derartigen Fällen nicht erfolgt und nach englischem Recht überhaupt nicht erfolgen kann[1].

Das Verfahren bei der Begebung von Shares gestaltet sich in der Praxis regelmäßig, wie folgt: Der Verkäufer händigt das Certificate bei der Company ein, und der Käufer zahlt den Kaufpreis gegen Aushändigung der Abtretungsurkunde, auf welcher die Tatsache, daß das Certificate an die Company ausgeliefert worden ist, vermerkt wird. Der Käufer reicht sodann die Abtretungsurkunde bei der Company ein und wird derselben entsprechend als Mitglied der Company eingetragen, welche letztere ihm etwa drei bis vier Wochen nach Einreichung der Abtretungsurkunde ein neues, auf seinen Namen gestelltes Certificate über die von ihm gekauften Shares aushändigt. Hat der Verkäufer nur einen Teil seiner Shares verkauft, so erhält dieser gleichzeitig ein neues Certificate über die in seinem Eigentum verbleibenden Shares.

Die Ausübung der Mitgliedsrechte wird nirgends von der Vorzeigung des Certificate abhängig gemacht. Die Dividenden werden nach Maßgabe der Eintragung in das Mitgliederverzeichnis an die Mitglieder durch an ihre Order lautende Schecks mit der Post zugesandt, und für das Recht der Teilnahme an einer Generalversammlung genügt die Mitteilung des Namens an einen am Eingang zum Versammlungslokal sitzenden Beamten, welcher die Angabe durch das Mitgliederverzeichnis kontrolliert[2].

---

[1] Es kann dies in ganz unschuldiger Weise zu einer doppelten Begebung führen, z. B. in einem Falle, in welchem der Testamentsvollstrecker das vom Erblasser verloren geglaubte Certificate findet, ohne zu erfahren, daß letzterer ein Duplikat erhalten und unter Einreichung desselben die Shares an einen Käufer übertragen hat. Der Käufer, der die Shares vom Testamentsvollstrecker erwirbt, würde den Irrtum erst nach Zahlung des Kaufpreises entdecken, den er selbstverständlich zurückzufordern berechtigt wäre; aber im Falle eines überschuldeten Nachlasses hätte dieses Recht häufig nur geringen Wert.

[2] Das Mitgliederverzeichnis begründet eine Rechtsvermutung für die

Es geht aus der obigen Darstellung hervor:

a) daß nur die Share, nicht das Share Certificate Gegenstand des Verkehrs ist; das Certificate, welches das Recht des Zedenten bescheinigt, verliert im Augenblicke der Abtretung seine Bedeutung, und der Zessionar und, falls der Zedent nur einen Teil seiner Shares abgetreten hat, auch dieser, erhalten selbständige neue Certificates über ihre Shares;

b) daß das Share Certificate in keiner Weise das Anteilsrecht des Mitglieds einer Company verkörpert, daß vielmehr jemand, der kein Anteilsrecht hat, auf einem Certificate als eingetragener Eigentümer bezeichnet sein kann, während der wahre Eigentümer der betreffenden Shares auf keinem Certificate als Eigentümer bezeichnet ist und kein Certificate in den Händen hat.

3.

Es bedarf nach den obigen Erörterungen keiner weiteren Darlegung, daß das Share Certificate sich „toto coelo“ von der deutschen Namensaktie unterscheidet, welche nach gesetzlicher Vorschrift durch Indossament nach Maßgabe der Vorschriften der Wechselordnung übertragbar sein muß, welche auch bei der Übertragung durch Abtretungsurkunde an den Zessionar ausgehändigt werden muß[1] und welche ebenso wie die Inhaberaktie die Rechte des Aktionärs verkörpert[2].

Das englische „Share Certificate“ unterscheidet sich aber auch von anderen, ihm mehr ähnlichen Urkunden, wie z. B. dem südafrikanischen Certificate, das dem Reichsgericht bei Gelegenheit der erwähnten Entscheidung (Bd. 36) vorlag, welches auf der Rückseite eine Reihe von Zessionsformularen enthielt, also dazu bestimmt war, den aufeinanderfolgenden Zessionaren der Reihe nach übergeben zu werden.

Es unterscheidet sich ferner von den in Amerika vielfach üblichen Certificates, welche auf der Rückseite mit einem Voll-

in demselben verzeichneten Tatsachen (Comp. Act 1862 S. 37). Die Company haftet daher nicht für Schaden, der daraus entsteht, daß diese Tatsachen nicht der Wirklichkeit entsprechen. Ist z. B. jemand auf Grund einer gefälschten Abtretung als Eigentümer von Shares eingetragen, so hat der wahre Eigentümer der Company gegenüber kein Recht auf Ersatz der an den eingetragenen Eigentümer bezahlten Dividenden, sondern nur ein Rückforderungsrecht dem letzteren gegenüber.

[1] Vgl. Staub, l. c. Anm. 5 zu § 222.

[2] HGB. § 223 Abs. 3 bezieht sich nur auf das innere Verhältnis zwischen dem Aktionär und der Gesellschaft.

machtsformular versehen sind[1]. In einem derartigen Vollmachtsformular, das dem Bevollmächtigten die Befugnis erteilt, im Namen des eingetragenen Eigentümers eine Abtretungsurkunde zu vollziehen, wird gewöhnlich der Name des Bevollmächtigten offen gelassen, und es ist in dieser Form nach Börsengebrauch in der Weise lieferbar, daß es tatsächlich den Charakter eines Inhaberpapiers hat, bis jemand das Formular ausfüllt und die Shares auf seinen Namen eintragen läßt. Die eingetragenen Eigentümer sind regelmäßig angesehene Bankfirmen, welche infolge ihrer Eintragung die Dividenden erhalten und den Betrag derselben den Inhabern der Certificates gegen Vorzeigung der letzteren auszahlen.

Alle Urkunden wie die erwähnten zirkulieren ihrer Natur nach von Hand zu Hand, während das englische Certificate ausschließlich der auf demselben genannten Person als Bescheinigung über seine Shares dient, und dieser nur solange, als sie nicht auch den kleinsten Teil derselben veräußert hat.

4.

Die durch das Reichsstempelgesetz vorgeschriebene Stempelpflicht der „Aktie" betrifft selbstverständlich nicht das Anteilsrecht als solches, sondern die Aktienurkunde. Es kann indessen nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, daß jede Urkunde, welche das Anrecht auf Aktien oder entsprechende Anteile an dem Gesellschaftsvermögen einer Aktiengesellschaft bescheinigt, der Stempelpflicht verfallen soll; vielmehr wird durch die Zusammenstellung der Aktien mit „anderen" Wertpapieren kundgegeben, daß nur solche Aktienurkunden stempelpflichtig sein sollen, welche einen wertpapierartigen Charakter haben. Daß die ausländische Aktienurkunde, wie dies bei der deutschen Namensaktie der Fall ist, den Charakter eines Wertpapieres im technischen Sinne des Wortes hat, scheint allerdings nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts nicht Voraussetzung ihrer Stempelpflicht zu sein. Im Bd. 37 werden auf S. 115 die von der Entscheidung berührten Certificates als „die einzigen den Inhaber nach außen hin legitimierenden und für den Verkehr bestimmten, über das Anteilsrecht am Gesellschaftsvermögen vorhandenen Papiere", für

[1] Es scheint nicht unwahrscheinlich, daß das Certificate der Canadian-Pacific-Eisenbahn, welches dem RG. bei der erw. Entsch. (Bd. 37) vorlag, in dieser Weise ausgestellt war.

stempelpflichtig erklärt, während nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch nicht jede nach außen hin legitimierende, für den Verkehr bestimmte Urkunde über ein Recht als Wertpapier angesehen werden kann[1]. Aber das englische Certificate paßt auch nicht in den Rahmen der zitierten Definition; denn mit der Angabe, daß das Papier für den Verkehr bestimmt sein muß, kann doch nur gemeint sein, daß es bei jeder Übertragung des durch dasselbe beurkundeten Rechts dem Erwerber ausgehändigt werden muß und von diesem wiederum in Verkehr gesetzt werden kann, wie dies z. B. bei dem deutschen Grundschuldbrief der Fall ist. Es heißt allerdings weiter in derselben Entscheidung (auf S. 118), daß selbst die Tatsache, daß bei jeder Übertragung des Aktienrechts der Aktienstempel von neuem verwandt werden muß, der Auffassung der durch die Revision angefochtenen Entscheidung nicht entgegenstehen würde, „insofern mit der Übertragung des Aktienrechts die Ausstellung einer neuen, das Aktienrecht in sich verkörpernden und selbständig repräsentierenden Urkunde verbunden ist“; aber die in dem Relativsatze enthaltene Qualifikation steht in direktem Widerspruch zu dem Hauptsatz; denn, insofern eine Urkunde das Aktienrecht verkörpert und repräsentiert, kann unmöglich jede Übertragung des Rechts die Ausstellung einer neuen Urkunde derselben Art bedingen. Übrigens wird auch in der erwähnten Entscheidung unmittelbar nach dem erwähnten Satze konstatiert, daß „für die Annahme, daß die Ausstellung einer neuen Urkunde in jedem Falle der Übertragung des Aktienrechts erforderlich ist“, der „vorliegende Streitstoff“ keinen Anlaß darbietet.

Die Tatsache, daß die Begebbarkeit des Papiers und nicht nur die Begebbarkeit des durch dasselbe beurkundeten Anteilsrechts Bedingung der Stempelpflicht ist, tritt auch in der Entscheidung über den dänischen Aktienbrief (Bd. 42) hervor. „Steuerobjekt soll“ — nach dieser Entscheidung (S. 41) — „dasjenige negotiable Papier sein, mittels dessen im deutschen Geschäftsverkehr Aktienrecht übertragen werden kann.“

Es liegt auf der Hand, daß ein Papier, das nur für die bestimmte, auf demselben bezeichnete Person und selbst für diese

[1] Die Definition würde z. B. einen auf Namen lautenden Grundschuldbrief einschließen, obgleich ein solcher kein Wertpapier im strengen Sinne des Wortes ist. Die Tatsache, daß es sich bei den zitierten Entscheidungen um einen Anteil am Vermögen einer Aktiengesellschaft handelt, ist nicht erheblich; denn die Stempelpflicht hängt von der Natur der Urkunde, nicht von der Natur des durch dieselbe verbrieften Rechts ab.

nur solange Wert hat, als sie nicht den geringsten Teil ihrer Shares auf einen anderen überträgt, in keinem Sinne des Worts ein negotiables Papier genannt werden kann, und ebenso, daß es unmöglich ist, mittels eines solchen Papiers im deutschen oder in irgend einem anderen Geschäftsverkehr Aktienrecht zu übertragen. Das Anteilsrecht am Vermögen der Company wird ausschließlich durch die Abtretungsurkunde übertragen; das Certificate dient nur zur Legitimation des Zedenten der Company gegenüber.

5.

In der erwähnten Entscheidung über ein südafrikanisches Share Certificate (Bd. 36) ist das Reichsgericht von der Auffassung ausgegangen, jede einzelne auf dem Certificate bezeichnete Share sei einer besonderen Stempelpflicht unterworfen. Es hat dies die praktische Bedeutung, daß, falls die einzelne Share einen geringeren Nennwert als 100 Mark hat, nach dem jetzt geltenden Reichsstempelgesetz der volle Betrag von $2^1/_2$ Mark in bezug auf dieselbe zu entrichten wäre, insoweit der erwähnte Grundsatz aufrecht erhalten würde; daß demnach z. B. bei den £ 1 Shares, der Stempel $12^1/_2$ vom Hundert betragen würde. Bei der Entscheidung über den dänischen Aktienbrief (Bd. 42) wurde erkannt, daß nur die Urkunde als Ganzes stempelpflichtig sei, aber unter Betonung des Umstandes, daß der dänische Aktienbrief eine einheitliche Nummer habe, was bei dem südafrikanischen Certificate nicht der Fall gewesen sei. Es ergibt sich indessen aus einer Prüfung der den zuletzt erwähnten Entscheidungen zugrunde gelegten Erwägungen, daß sich auch, abgesehen von dem Umstande der Bezeichnung mit einer Gesamtnummer, die Steuerpflicht der einzelnen in einer Gesamturkunde einbegriffenen Aktie nicht in folgerichtiger Weise aufrechterhalten läßt. Wie die zuletzt erwähnte Entscheidung treffend ausführt, ist nicht das Aktienrecht als solches stempelpflichtig, sondern die Aktienurkunde. Die Urkunde über mehrere Aktien muß —, insoweit sie überhaupt der Stempelpflicht unterliegt — als Gesamtaktie behandelt werden; denn nur diese Urkunde kann Gegenstand des Verkehrs sein, nicht die einzelnen Aktienrechte, die sie bescheinigt. Die Frage, ob auf dieser Bescheinigung die Aktienrechte einzeln numeriert werden, oder ob die Urkunde eine Gesamtnummer trägt, oder ob endlich, wie dies nach englischem Gebrauch der Fall ist, das Certificate eine Gesamt-

nummer hat und zugleich das Eigentum an numerierten Shares bescheinigt[1], kann auf diese Erwägung keinen Einfluß haben.

In bezug auf das englische Share Certificate ist es überhaupt schwierig, die Frage der Stempelpflichtigkeit der einzelnen Shares zu erörtern, da ja auch die Gesamturkunde, wie aus der obigen Darstellung erhellt, nicht Gegenstand des Verkehrs ist; aber die logische Verkehrtheit der Besteuerung der einzelnen Shares geht aus den Folgen hervor, welche sich ergeben würden, falls ein solches Certificate stempelpflichtig wäre und die Stempelpflicht jede einzelne Share träfe. Wie aus der obigen Darstellung hervorgeht, müßte bei einer Übertragung eines Teils der Shares das Certificate bei der Company eingeliefert werden und der frühere Eigentümer würde ein neues Certificate über die ihm verbleibenden Shares erhalten. Dieses Certificate müßte ebenso wie das, welches der Zessionar über den an ihn übertragenen Teil der Shares erhalten würde, mit einem neuen Stempel versehen werden. Die Übertragung auch nur einer Share wäre, falls überhaupt eine Stempelpflicht besteht, nicht möglich, ohne daß für den Gesamtbetrag der auf dem ursprünglichen Certificate verzeichneten Shares eine neue Stempelpflicht einträte, und dennoch müßte der Stempel so bezahlt werden, als ob über jede Share eine einzelne, besonders begebbare Urkunde vorhanden wäre. Diese sowohl mit der Logik als mit der Gerechtigkeit in diametralem Gegensatz stehende Folge beruht auf der Verwechselung des Anteilsrechts mit der Urkunde über dieselbe. Wenn die Urkunde nur so lange von Bedeutung ist, als ihr Inhaber Eigentümer des Gesamtbetrags der auf derselben verzeichneten Shares ist, so kann sie, insoweit sie überhaupt stempelpflichtig ist, nur als Gesamturkunde stempelpflichtig sein und kann nicht einer Anzahl von Teilurkunden gleichgestellt werden, von welchen jede eine selbständige Bedeutung hat.

6.

Der Charakter des Share Certificate ergibt sich auch aus der englischen Stempel- und Steuergesetzgebung. Das englische Stempelgesetz, welches sein weites Netz über alle denkbaren

[1] Die Nummern der Shares sind immer dieselben; aber jedes bei Gelegenheit einer Übertragung neuausgestellte Certificate hat eine neue Nummer. Die bei der Übertragung ausgegebenen Certificates sind in keinem Sinne neue Ausgaben der eingelieferten Certificates; sie sind vielmehr in jeder Beziehung neue Certificates und tragen daher auch neue Nummern.

Gegenstände des Verkehrs ausbreitet, welches für die auf den Inhaber lautenden Share Warrants einen Stempel von $1^1/_2$ vom Hundert ansetzt und alle Handelspapiere, die nicht einem besonderen Stempel unterworfen sind, unter der Rubrik „Marketable Securities" für stempelpflichtig erklärt, berührt das englische Share Certificate in keiner Weise; dasselbe ist stempelfrei, während z. B. die erwähnten amerikanischen mit Blankovollmacht versehenen Certificates stempelpflichtig sind. Eine Abtretungsurkunde über die Shares einer englischen Company unterliegt auch, wenn sie im Auslande von Ausländern vollzogen wird, einer Stempelgebühr von $^1/_2$ vom Hundert auf den Betrag des Kaufpreises[1]. Das englische Certificate wird nicht als Gegenstand des Verkehrs, nicht als Verkörperung des Anteilsrechts angesehen.

Die gleiche Auffassung zeigt sich im Erbschaftssteuerrecht. Auf Vermögen, das zum Nachlaß eines zur Zeit seines Todes im Ausland domizilierten Erblassers gehört, ist englische Nachlaßmassensteuer (Estate-Duty) nur insoweit zu entrichten, als die zu demselben gehörenden Gegenstände in England belegen sind. Anteilsrechte, welche durch auf den Inhaber lautende Sharewarrants oder durch Certificates mit Blankovollmacht auf der Rückseite (wie die oben erwähnten amerikanischen Sharecertificates) repräsentiert werden, gelten für diesen Zweck als an dem Orte belegen, wo sie sich am Todestage des Erblassers befinden. Befinden sie sich in England, so ist die Estate-Duty in bezug auf dieselben zu bezahlen, auch wenn sie Anteilsrechte am Vermögen ausländischer Gesellschaften verkörpern; befinden sie sich im Auslande, so ist keine derartige Steuer in bezug auf dieselben zu bezahlen, auch wenn es sich um Share Warrants englischer Companies handelt. Wenn es sich indessen um Anteilsrechte wie diejenigen handelt, über welche Share Certificates in der Natur der englischen Share Certificates ausgegeben werden, so richtet sich die Beantwortung der Frage, ob Steuerpflicht eintritt oder nicht, nach der Lage des Orts, an welchem die betreffende Gesellschaft ihren Hauptsitz hat, und der Ort, an welchem das Certi-

[1] Bei Übertragungen, die nicht durch einen Kauf veranlaßt sind, z. B. im Falle einer Schenkung oder Erbteilung, ist nur der Urkundenstempel von 10 Shillings zu entrichten. Eine Verpfändung von Shares ist nur wirksam, insoweit die Übertragung die Form einer durch Kauf veranlaßten Übertragung hat, und die Urkunde muß auch dementsprechend gestempelt werden.

ficate belegen ist, bleibt hierbei vollkommen unberücksichtigt. Die Shares einer englischen Company gelten als in England belegen, auch wenn das Certificate sich im Auslande befindet; die Shares einer ausländischen Company, welche Anteilscheine ausstellt, welche denselben Charakter haben, wie englische Sharecertificates, sind nicht steuerpflichtig, auch wenn die Certificates sich zur Zeit des Todes des Erblassers in England befinden. Im Falle der Share Warrants ist das Recht durch die Urkunde verkörpert; daher entscheidet der Ort, wo die Urkunde sich befindet; im Falle der Share Certificates verkörpert die Urkunde nicht das Recht, und es ist daher gleichgültig, wo sie sich befindet. (Attorney-General v. Higgins 2 Hurlstone & Coltman 339; Stern v. Regina (1896) 1 Q. B. 211).

7.

Eine Stempelsteuer kann entweder ein Papier betreffen oder einen Umsatz oder sowohl das Papier als den Umsatz, wie dies z. B. in bezug auf Aktien nach deutschem Stempelrecht der Fall ist. Der Aktienstempel ist als einmaliger Stempel auf das Substratum sämtlicher Umsätze gedacht, der Anschaffungsstempel betrifft den einzelnen Umsatz. Dieser Gedanke tritt in der relativen Höhe der Steuersätze mit Deutlichkeit hervor.

Ein Papier, das nur für den augenblicklichen Inhaber Wert hat und auch für diesen nur so lange, als er nicht den geringsten Teil seiner durch dasselbe bescheinigten Anteilsrechte veräußert, ist nicht das Substratum für eine Reihe von Umsätzen, sondern höchstens das Symbol eines einzelnen Umsatzes. Die Besteuerung desselben mit einer anderen Steuer als der durch den Anschaffungsstempel erhobenen würde demnach der offenbaren Absicht des Gesetzes widerstreben. Sie würde aber auch als Umsatzsteuer mit der Ratio Legis in Widerspruch stehen, da sich ihre Höhe nicht nach dem Nennbetrage der jeweilig begebenen Shares, sondern nach dem Nennbetrage der dem Zedenten zur Zeit der Abtretung gehörigen Shares richten würde, so daß letzterer bei jeder Abtretung von Shares persönlich eine Stempelgebühr entrichten müßte, die sich nach dem Betrage der verbleibenden, nicht nach dem Betrage der begebenen Shares richten würde. Die Besteuerung englischer Sharecertificates würde daher Wirkungen haben, die offenbar vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt wurden und der Tendenz des Reichsstempelgesetzes widersprechen.

8.

Die obige Darstellung hat versucht, nachzuweisen:

1. daß die englische Share auch als Anteilsrecht nicht genau der deutschen Aktie entspricht, daß sie vielmehr in vielen Fällen mit dem Anteile eines Gesellschafters bei einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung größere Ähnlichkeit hat;

2. daß nur die Share, nicht das Share Certificate, Gegenstand des Verkehrs ist, und daß letzteres in keiner Weise das Anrecht des Mitgliedes verkörpert, das auf demselben als eingetragener Eigentümer der betreffenden Shares bezeichnet wird;

3. daß das englische Share Certificate in bezug auf alle wesentlichen Eigenschaften sich nicht nur von der deutschen Namensaktie unterscheidet, sondern auch von verschiedenen Urkunden anderer Art, die in bezug auf die äußere Form dem Share Certificate ähnlicher sind;

4. daß die Begriffsmerkmale, welche in den erwähnten Entscheidungen des Reichsgerichts als Voraussetzungen der Stempelpflicht genannt werden, bei dem englischen Share Certificate nicht vorhanden sind;

5. daß auch bei Aktienurkunden, die stempelpflichtig sind und als Gesamturkunden über mehrere Aktien ausgestellt werden, die Stempelpflicht nur die Gesamturkunde, nicht die einzelnen Aktien betreffen kann;

6. daß auch die englische Steuergesetzgebung den oben erwähnten Charakter der Share Certificates zum Ausdruck bringt;

7. daß die Ratio Legis der deutschen Rechtsvorschriften über Aktienstempel und Anschaffungsstempel der Stempelpflicht der englischen Share Certificates widerstreitet.



EIN PROTEST GEGEN DEN WECHSELPROTEST.



VON JUSTIZRAT DR. J. STRANZ
ZU BERLIN.



Et superflua nocent.

I.

Als albernster Überrest mittelalterlicher Rechtszustände ist der Wechselprotest von berufener Seite gekennzeichnet worden. Wenn bei irgendeinem Rechtsinstitute, ist bei diesem Vernunft zum Unsinn, Wohltat zur Plage geworden. Und doch hat sich „dieses Liechtenstein der Gesetzgebung" mitten im Zeitalter der Eisenbahnen, Telegraphen und Telephone erhalten. Wiewohl schon kurz nach der Einführung der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung die Klagen aus den Handels- und den industriellen Kreisen auf eine Umgestaltung des Protestes einsetzten und die Bewegung in der Mitte der siebziger Jahre mächtig anschwoll, führten die Klagen zu keinem gesetzgeberischen Eingriff. Die große Mehrzahl der Juristen blieb passiv. In fast allen großen Bearbeitungen, die der Deutschen Wechselordnung zuteil wurden, fanden sich bis in die neueste Zeit hinein weder ein prinzipieller Widerspruch noch eine Forderung gründlicher Reform. Eine kaum überraschende Tatsache. Gerade der Formalismus, der den Protest beherrscht, besticht den Juristen.

Aber zur Wiederaufnahme einer Kritik ermutigt der Umstand, daß diejenigen Juristen, die mit dem Verkehrsleben in innigem Zusammenhange stehen, sich der Reformbedürftigkeit des Protestes niemals verschlossen haben. Erinnert sei an den Weckruf Makowers[1], dem die Erfahrungen einer Praxis vieler Jahrzehnte im Mittelpunkte des deutschen Verkehrslebens zur Seite standen. Koch selbst, dessen Jubiläum Anlaß zu dieser Abhandlung gibt, gehört gewiß zu den kompetentesten Zeugen für die Bedürfnisse des Wechselverkehrs. Steht er doch an der Spitze desjenigen Instituts, das geradezu die Zentrale des

[1] Makower: „Wechselprotest" in Goldschmidt, Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. 1893 Bd. 41 S. 361 ff.; Näheres unten S. 371.

deutschen Wechselumsatzes bildet[1]. Nach seiner Auffassung wäre „das belgisch-italienische System der Privatdeklaration unserem umständlichen Protest überhaupt vorzuziehen"[2]. So sei denn eine erneute Untersuchung über die Frage des Protestes gewagt. Eine gesetzgeberische Revision ist dringend[3]. Der wichtigste Fall des Protestes ist der Protest mangels Zahlung (Art. 41, 43, 62, 69 Nr. 2, 98 Nr. 6 DWO.). Eine weit geringere Rolle spielen der Protest mangels Annahme (Art. 19, 20, 98 Nr. 3, 24 Abs. 2, 56, 69 Nr. 2), der, wie nach den meisten, so auch nach der Deutschen Wechselordnung nur in Ausnahmefällen obligatorisch ist, sowie der Interventionsprotest bei der Ehrenannahme und Ehrenzahlung (Art. 58, 88 Nr. 5). Auf den Protest mangels Zahlung, somit als den wesentlichsten, sind die folgenden Ausführungen zugespitzt, zumal sie mutatis mutandis auf die andern Protestfälle, namentlich den mangels Annahme, übertragen werden können.

Nicht wenigen wird mancher der folgenden Gedanken ketzerisch erscheinen. Allein auch mir — dies mag sofort betont sein — gilt der Wechsel als ein so feines und unentbehrliches Instrument des Handels und Verkehrs, daß jeder Gedanke daraufhin reiflich geprüft ist, ob er eine Scharte in dies Instrument bringen und seine Schneidigkeit beeinträchtigen könnte.

II. Die Beseitigung des Protestes.

Änderungen aller Art, mehr oder minder einschneldende, sind seit der Einführung der ADWO. für den Protest vorgeschlagen worden. Die Wurzelfrage aber, ob der Protest überhaupt beizubehalten oder zu beseitigen sei, wird

[1] Nach einer dem Verfasser erteilten Auskunft des Direktoriums beträgt die Stückzahl der von der Reichsbank im Jahre 1902 aus eigenen Beständen (ausschließlich derjenigen, die ihr zur kommissionsweisen Einziehung übergeben sind) zur Zahlung vorgelegten Wechsel pro Arbeitstag

a) für das gesamte Reich 14 360 Stück,

b) für Berlin allein (einschließl. Charlottenburg und Potsdam) 916 Stück.

[2] Koch: „Vorträge und Aufsätze" (1892) S. 329 und 367.

[3] Die Reform des Protestes ist in neuerer Zeit eingehend behandelt worden von Leist: „Der Wechselprotest und seine Reform" (Berlin 1899) und von Bernstein in seinen beachtenswerten Studien zur: „Revision der Wechselordnung" (Berlin 1900). Beide Autoren halten den Protest an sich für eine Notwendigkeit. Die Reformvorschläge Bernsteins laufen im wesentlichen auf eine Vereinfachung der Urkunde hinaus. Leist will die Protesterhebung bei kleinen Wechseln (bis 150 Mark) Postbeamten überlassen.

nur flüchtig behandelt. Und doch ist sie die wichtigste. Ihr muß sich die Untersuchung an erster Stelle zuwenden. Vorurteilslos soll sie in alle Seiten des Gegenstandes sich vertiefen. Mit den technischen Erörterungen, ob der Protest juristisch notwendig sei, wird sich ein Rückblick in die Geschichte, ein Ausblick auf fremdstaatliche Einrichtungen verbinden. Hieran muß sich die Prüfung, ob der Protest zweckmäßig sei, auf Grund der wirtschaftlichen Zwecke des Wechsels und seiner Wesenseigentümlichkeiten sowie an der Hand der Bedürfnisse und Wünsche der beteiligten Verkehrskreise schließen.

1. Ist der Protest eine juristisch-technische Notwendigkeit? Der Protest ist kein konstruktiv notwendiges Bauglied; seine Abschaffung ist möglich, ohne den Aufbau unseres Wechselrechts zu gefährden. Im Bereich der Wechselschuldner sind bekanntlich zu unterscheiden der Wechselhauptschuldner: Akzeptant bezw. Aussteller des eigenen Wechsels, und die Wechselregreßschuldner: Trassant und Indossanten, letztere sowohl beim gezogenen wie beim eigenen Wechsel. Der Wechselhauptschuldner verspricht seine eigene Leistung und nimmt die direkte Wechselverbindlichkeit auf sich (ROH. 3, S. 186; RG. 3, S. 7), während die Regreßschuldner durch einen Dritten, den Hauptschuldner, versprechen und Haftung für diese Leistungen übernehmen. Von den Arten der Regreßschuld interessiert uns hier der Zahlungsregreß (Art. 41—55 DWO.). Der Regreßschuldner verspricht Zahlung für den Fall, daß der Bezogene nicht nach dem Inhalt der Tratte zahlt. Aus der Natur der Regreßverbindlichkeit folgt als notwendige Voraussetzung des Regresses die Präsentation zur Zahlung beim Hauptschuldner. Will doch der Regreßschuldner erst zahlen, wenn dem Hauptschuldner zunächst der Wechsel zur Zahlung präsentiert worden und die Zahlung dort nicht erlangt ist. Demgemäß schreibt auch der Art. 41 Nr. 1 der DWO. vor, es sei zur Ausübung des Zahlungsregresses gegen den Aussteller und die Indossanten erforderlich, daß der Wechsel zur Zahlung präsentiert worden sei. Dagegen folgt weder aus der Natur des Wechsels noch aus dem Wesen der Regreßschuld, daß der Beweis über jene Präsentation in der Form einer amtlichen Urkunde, in der Form der Protesturkunde, erbracht werden müsse. Freilich die DWO. hat in Art. 41 unter Nr. 2 als zweite Voraussetzung für die Ausübung des Regresses den (rechtzeitigen) Protest über die erfolgte Präsentation und Nichterlangung der Zahlung aufgestellt. Indes ist diese Vorschrift,

wenn sie auch in den meisten Wechselordnungen wiederkehrt, eine rein tatsächliche. Sie ist kein juristisch notwendiger Ausfluß aus dem Wesen des Wechselregresses. Kein Regreß ohne Präsentation. Dies ist ein zutreffender, dem Wesen des heutigen Wechsels entsprechender Satz. Nicht aber darf das Prinzip aufgestellt werden: Kein Regreß ohne Protest[1]. Dieser Satz kann für bestimmte Wechselordnungen gelten, wiewohl er für keine, im Hinblick auf den Protesterlaß, ausnahmslos gilt. Und trotz der äußerlich gleichmäßigen Aneinanderreihung von Nr. 1 und 2 im Art. 41 sind doch beide Voraussetzungen nicht gleichwertig. Die Präsentation begründet den Regreß; der Protest aber ist nicht Grund und Quelle der Regreßansprüche. Er ist ein nach positiver Vorschrift (Art. 41) für den Zahlungsregreß notwendiger Solennitätsakt, er ist der einzig zulässige, an solenne Umstände geknüpfte, anderweitig nicht zu ergänzende Formalakt. Aber er bleibt in seinem Wesen, wenn auch das einzige, so doch nur ein Beweismittel, ein urkundliches Zeugnis über bestimmte wechselrechtliche, durch den zuständigen Beamten vorgenommene Handlungen. Dies besagt auch der Ausdruck „protestieren": es handelt sich um ein „Bezeugen", ein „Wahrnehmen und Beurkunden" (Thöl, Wechselrecht § 89; anders Goldschmidt, Univ.Gesch. S. 457, der an eine „Verwahrung" denkt).

Den schlagendsten Beweis dafür, daß der Protest keine juristisch-technische Notwendigkeit selbst in denjenigen Wechselrechten ist, die ihn angenommen haben, liefert die Tatsache, daß er erlassen werden kann. Für das deutsche Recht gibt der Art. 42 diese — in fast allen Kodifikationen vorhandene — Ermächtigung. Die Protestpflicht dient eben nur dem Privatinteresse. Sie ist nicht aus öffentlich-rechtlichen Gründen auferlegt und kann daher erlassen werden.

2. Auch die geschichtliche Entwickelung des Wechselprotestes — es ist immer gut, einige Schritte zurückzutreten, um einen besseren Anlauf zu nehmen — liefert Beweismomente gegen seine Notwendigkeit und seine Beibehaltung.

Der Protest ist keineswegs so alt wie der Wechsel[2]. Während die Urform des Wechsels, der Distanzeigenwechsel, jetzt genannt domizilierter Eigenwechsel, schon seit der Mitte des

---

[1] Vgl. Leist, S. 11 ff.

[2] Wir folgen dem Standpunkte Goldschmidts in dessen Universalgeschichte (Bd. I, Abt. 1 des Handbuchs des Handelsrechts, 1891) S. 419, 457. Vgl. auch Grünhut, Wechselrecht Bd. I S. 66 ff.; Leist S. 14 ff.

12. Jahrhunderts urkundlich in fester typischer Gestalt erscheint, findet sich der Protest erst seit dem 14. Jahrhundert in Übung. Er entwickelte sich im Anschluß an die im 14. Jahrhundert gewohnheitsrechtlich in Aufnahme gekommene Akzeptation und den Meßwechselverkehr. Bei Meßwechseln wurde er notwendige Voraussetzung („praeambulum necessarium") für den Regreß mangels Annahme. Nun hat aber die Akzeptation, die früher im Mittelpunkt der wechselrechtlichen Ansprüche stand, im Laufe der Zeiten ihre Bedeutung eingebüßt; der Anspruch auf Zahlung ist an die Stelle getreten. Der Protest mangels Annahme, ursprünglich der Normal- und Hauptfall, ist nach der DWO., abgesehen vom befristeten Sichtwechsel (Art. 20), nicht mehr obligatorisch. Die Meßwechsel ferner, früher die Achse des Wechselverkehrs, haben ihre Rolle, wie die Messen selbst, fast ausgespielt. Warum also den Protest, wenn das Ausgangsgebiet, auf dem er einmal nützlich war, nicht einen Schatten mehr der alten Bedeutung beanspruchen kann, beibehalten für den anders gearteten Fall des Zahlungsregresses und den Verkehr in Außermeßwechseln?

Haben sich doch auch die wirtschaftlichen Funktionen des Wechsels und damit die Bedürfnisse für den Protest von Grund aus geändert. Die „ursprüngliche und jahrhundertelang einzige"[1] Funktion des Wechsels war das Ersparen des Transportes von Geld nach fernen Orten und Ländern. Wer in der Ferne Außenstände einzukassieren oder dorthin Schulden zu zahlen hatte, vermied gern den wirklichen Transport der Geldsummen. Auch der versteckte Beutel und der verwahrte Kasten des Kaufmanns war von Gefahren durch Raubritter und Wegelagerer bedroht. Und wie groß waren damals die Kosten und Schwierigkeiten, die der Transport erheblicherer Summen zwischen Deutschland, Frankreich, Italien, Spanien, um einige der damaligen Hauptverkehrsländer zu nennen, verursachte! Endlich sprachen die Buntscheckigkeit des Münzfußes, die Unzuverlässigkeit des Münzfeingehaltes gegen das Mitnehmen des Geldes in Natur von einem Platz zum andern. In solchen Zeiten war es erklärlich, wenn derjenige, der im fernen Orte beim Hauptverpflichteten kein Akzept oder keine Zahlung des aus der Heimat statt des Bargeldes mitgebrachten Wechselbriefes fand, sich den Beweis in möglichst sicherer Form, wozu damals die Notariatsurkunde das

[1] Grünhut Bd. I § 3.

beste Mittel bildete, wahrte. Bestritt der Geber des Briefes, der Regreßschuldner, die erfolglose Präsentation, so konnten Monate und Jahre vergehen, bevor der Beweis sonst erbracht war. Heute aber, wo der Wechsel das Gebiet seiner ursprünglichen Anwendung, wenn auch nicht ganz verlassen, so doch außerordentlich erweitert hat, wo er im Diskontgeschäfte das weitverbreitetste Kreditinstrument geworden ist, das beste Mittel, um sich Kredit zu verschaffen oder seinen Kredit zu verwerten, wo er endlich zu einem Zirkulationspapier, zu einem Zahlungsmittel sich ausgebildet hat, da „ein und derselbe Wechsel, so oft er indossiert wird, als Zahlung benutzt werden kann und von Person zu Person kursiert", ist es keineswegs nötig, ihm im Proteste, der aus ganz andern Zeiten und Bedürfnissen heraus erwachsen ist, eine angebliche Stütze zu geben. Im Hinblick auf die geschilderte wirtschaftliche Funktion des Wechsels war es bei Entstehung des Protestes zweckmäßig und erforderlich, die öffentliche notarielle Form des Protestes zu wählen, welche Weiterungen abschnitt.

Der Akt des Protestes war auch ursprünglich ein der Sachlage weit entsprechenderer als heute. „Denn anfänglich präsentierte der Wechselinhaber in Gegenwart eines das Protokoll führenden Notars. Erst später wurde es üblich, daß der Notar im Auftrage des Wechselinhabers präsentierte und protestierte, ohne daß die Gegenwart des Auftraggebers erforderlich war" (Leist S. 23). Wenn in den ältesten Protesturkunden der Notar neben seiner eigenen Präsentationshandlung noch die vorangegangene durch den Wechselinhaber erwähnt, war dies keineswegs, wie Leist meint, die Folge eines übertriebenen Formalismus, sondern der vernünftige Ausdruck der Sachlage. Heute ist die Amtshandlung des Protestbeamten eine taube Nuß, eine nutzlose Wiederholung der bereits seitens des Wechselgläubigers, bezw. seines Kassenboten vorher — gewiß mit nicht geringerer Geschicklichkeit — erfolgten Präsentation.

Inhaltlich hat man die ursprüngliche Protesthandlung verschlechtert, die äußerlichen überlebten Formen der Urkunde aber mit merkwürdiger Treue bewahrt. Die Notare wendeten auf den Wechselprotest die Schablone der römischen protestatio an. Sie paßte zwar wenig auf die Verhältnisse des Wechselprotestes, aber man fand im römischen Recht, dessen Formeln nun einmal herrschten, kein anderes Muster. Muß nun dieses Mißverständnis ewig erhalten bleiben? Soll es nicht genügen, in einfachster Form die Zwecke der Protestauf-

nahme: die Vorlegung des Wechsels, das Begehren an den Wechselschuldner und den Vermerk über dessen Erklärung, oder daß und warum die Erklärung nicht zu erlangen war, anderweitig festzustellen[1]? Man sehe sich die ältesten uns erhaltenen Protesturkunden aus den Jahren 1335 und 1339[2] einmal an, und man wird finden, daß dieser „stylus“ des 14. Jahrhunderts auch heute noch in der Weitschweifigkeit und den unnützen Floskeln des Protestes herumspukt und lebt. Fehl geht die Annahme, der Kaufmannsstand habe wegen ihrer Zweckmäßigkeit diese traditionelle Form festgehalten. Näher liegt, daß der Jurist, der gern Götzendienerei mit der Form treibt, nicht ganz ohne eigennütziges Interesse, sich an diese Formel geklammert hat.

Somit hat die geschichtliche Untersuchung keinen Zweifel darüber gelassen, daß der Protest ein überlebter Rest mittelalterlicher Rechtsanschauungen, eine Art Atavismus am Körper des modernen Wechselrechts, ist.

3. Bei keinem Institute mehr, als beim Wechsel, wendet sich für legislatorische Fragen der Blick nach der Ordnung im Rechte fremder Staaten. Mag sonst die Entwicklung eines Rechtsinstituts vornehmlich national sein und in der Scholle wurzeln, so sind doch Wechsel und Wechselrecht international. Schon sein Ursprung ist auf Bedürfnisse zurückzuführen, Geldsummen nach fernen Ländern anzuweisen. Als Kreditinstrument dann und vor allen Dingen als Zahlungsmittel wandert er von Person zu Person, von Stadt zu Stadt, von Land zu Land, er wird ein internationaler globetrotter[3]. Auch die Wechselordnungen zeigen demzufolge in den verschiedenen Staaten starke Ähnlichkeiten. Von besonderer Bedeutung ist daher die Ermittelung, ob denn Wechselordnungen existieren, die den Protest in der Gestalt der DWO. und ihrer Tochterrechte nicht kennen. Wenn der Wechselverkehr anderer Staaten beim Mangel des Protestes nicht leidet, so ist der Beweis für

[1] Über die drei Akte des ursprünglichen Protestes: praesentatio litterarum, requisitio, protestatio vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 457. — Über den Ausdruck: „Protest erheben“, „cartam levare“ s. Thöl S. 89; Brunner D. Rechtsgesch. I S. 397.

[2] Der Protest von 1335 ist bei Leist S. 21, der von 1339 bei Canstein, Wechselrecht, S. 20 abgedruckt.

[3] Erklärlich daher, daß die Anfänge eines Weltverkehrsrechts mit den Arbeiten auf Einführung eines Weltwechselrechts begonnen haben. Vgl. hierüber Georg Cohn: „Drei rechtswissenschaftliche Vorträge“, Heidelberg 1888, S. 76 ff., 106 ff.; Rießer in Ztschr. f. vergl. Rechtswissenschaft Bd. 7 S. 1 ff.

seine Entbehrlichkeit erbracht, und damit schon genug, um ihn zu beseitigen. Denn gerade für den Wechselverkehr gilt der Satz: Auch das Überflüssige schadet. Das Wechselrecht soll in möglichst einfachen Formen ausgestaltet werden; je einfacher, um so sicherer seine Wirkungen.

a) In England bilden Präsentation und Notifikation Erfordernis des Regresses. Jeder nicht benachrichtigte Vormann ist befreit[1]. Dagegen ist Protest (bezw. Protestnotierung) bei einheimischen Wechseln nicht erforderlich, sondern lediglich anheimgestellt. Nur bei ausländischen Wechseln (foreign bills), das sind Wechsel vom Inland auf das Ausland oder vom Ausland auf das Inland, muß Protestaufnahme erfolgen[2]. Jeder Wechsel, auch der Inlandwechsel, muß aber (Sekt. 45) ordnungsmäßig zur Zahlung präsentiert werden, sonst sind der Aussteller und die Indossanten von ihrer Haftbarkeit befreit.

Man hat eingeworfen (Bernstein, in der Zeitschrift des deutschen Notarvereins Jahrg. 1902, S. 431), England könne dem Festland im Wechselrecht überhaupt nicht ein Muster abgeben, weil es die bei uns gebräuchlichen festen Formen der Wechselurkunde nicht kenne. Dieser Umstand hat aber keinerlei Zusammenhang mit der Frage über Notwendigkeit und Nützlichkeit des Protestes. Soll darum ein Land mit dem ungeheuern Wechselverkehr wie England uns kein Vorbild sein können? Die Frage ist vielmehr, ob sich die Einrichtung in England bewährt hat. Dem Verfasser wurde von einem geschätzten englischen Anwalt die Auskunft erteilt: „Aus der Nichtnotierung oder Nichtprotestierung inländischer Wechsel haben sich Übelstände nicht ergeben." Bei den Banken besteht die Gepflogenheit, die nichthonorierten Wechsel notieren, bezw. protestieren zu lassen, während sonst der Verkehr zumeist davon absieht. Nur ist zu beachten, daß die Mehrheit ihre Wechsel durch ihre Bank einziehen läßt.

---

[1] Sekt. 48, 49, 50 der Engl. WO. vom 18. Aug. 1882; sie ist abgedruckt und übersetzt von Heinsheimer in Goldschmidts Zeitschr., Beilageheft zu Bd. 28. Vgl. auch Späing, Franz., Belg. und Engl. Wechselrecht, Berlin 1890.

[2] Vgl. Rehbein WO. Art. 1 Anm. 23, sowie J. und M. Stranz, WO. Art. 41 Anm. 16. Die Sekt. 51 Abs. 1 der Engl. WO. lautet: „Wird ein Inlandwechsel nicht honoriert, so kann, wenn der Inhaber es für geeignet hält („if the holder think it"), wegen Nichtannahme oder Nichtzahlung, wie gerade der Fall liegt, notiert werden. Es ist aber nicht nötig, einen solchen Wechsel zu notieren oder zu protestieren, um den Rückgriff gegen den Aussteller oder Indossanten zu wahren."

Die **Aufnahme** des Protestes in den Fällen, in welchen er dort zugelassen oder erforderlich ist, geschieht durch den Notar (Sekt. 51, Abs. 7). Doch genügt nach der Sekt. 93, die sich an früheren englischen Geschäftsbrauch anlehnt, die **kurze Notierung** (the noting for protest) am Tage der Dishonorierung[1]. Die Notierung enthält nur die Anfangsbuchstaben des Notars, das genaue Datum, kurz die bei der Präsentation etwa erlangte Antwort, endlich die Kostennote nebst einer Verweisung auf das Geschäftstagebuch des Notars, alles auf dem Wechsel vermerkt. Der formelle Protest kann dann jederzeit auf den Tag jener Notierung ausgestellt werden. Die Notierung ist in der englischen Praxis das Übliche; kaum in andern Fällen, als wenn der Wechsel im Ausland geltend gemacht werden soll, wird ein förmlicher Protest ausgefertigt.

Falls übrigens am Platze der Dishonorierung ein Notar nicht zu erlangen ist, kann nach der Vorschrift der Sekt. 94 jeder Haushaltungsvorstand oder ständige Einwohner des Platzes unter Zuziehung von zwei Zeugen ein von ihm unterschriebenes Zeugnis (certificate) ausstellen, das die Nichthonorierung des Wechsels bestätigt. Das Zeugnis hat die gleiche Wirkung, wie ein förmlicher Protest.

England hat sonach mit einem großen Wuste des in andern Ländern noch aufgehäuften Protestschuttes gründlich aufgeräumt.

b) Der Gang der **belgischen Protestgesetzgebung**[2] ist ein äußerst lehrreicher. Bis 1870 galt der Art. 173 des französischen code de commerce, wonach die Proteste entweder von zwei Notaren oder von einem Notar und zwei Zeugen oder von einem Gerichtsvollzieher und zwei Zeugen aufzunehmen waren. Das belgische Gesetz vom 28. März 1870 griff zunächst ein; es ist dann mit geringen Abweichungen in die **Belgische Wechselordnung** vom 20. Mai 1872[3] übergegangen (Art. 64—71). Die Zuziehung des zweiten Notars und der Zeugen wurde abgeschafft. Dem Wechselinhaber wurde, statt

[1] Näheres **Leist** § 27, und unten S. 372.

[2] Vgl. **Goldschmidt** (in seiner Ztschr. Beilageheft zu Bd. 23 S. 172 ff.): „Belgische Gesetzgebung über die Wechselproteste und die Einkassierung der Wechsel durch die Post" (1870—1877), und **Fischers** gehaltvollen Aufsatz über „die Erhebung von Wechselprotesten durch Postbeamte" im Archiv für Post und Telegraphie, September 1877.

[3] Sie ist ein Teil des belgischen code de commerce; ihr Titel ist: Loi du 20 mai 1872 contenant le titre du code de commerce relatif à la lettre de change et au billet à ordre. Vgl. hierüber **Sachs** in **Goldschmidts** Ztschr. Bd. 21 Beilageheft, der auch den Gesetzestext bringt.

Protest erheben zu lassen, gestattet, die Verweigerung der Annahme oder der Zahlung des Wechsels durch eine einfache Erklärung des Präsentaten festzustellen[1]. Diese Erklärung soll entweder auf dem Wechsel selbst oder auf einer besonderen Urkunde (dans un acte séparé) niedergeschrieben und von dem Präsentaten unterzeichnet werden. Die Erklärung muß registriert werden[2]. Als die Wünsche auf weitere Vereinfachung des Protestes nicht verstummten, erfolgte sie — die Privatdeklaration blieb hierdurch unangetastet — durch das Gesetz vom 12. Mai 1876[3], wonach die Aufnahme des Protestes mangels Zahlung in denjenigen Gemeinden, in denen weder ein Notar noch ein Gerichtsvollzieher wohnhaft ist, durch Postbeamte und zwar mittels eines einfachen Formulars bewirkt werden durfte. Die Kosten betrugen, ausschließlich des Stempels und der Enregistrementsabgabe, 1 fr. 50 cent. Der Erfolg war ein über alles Erwarten rascher und guter. Es erging das umfassende Gesetz vom 10. Juli 1877 (Loi sur les protêts[4], hierzu die Kgl. Verordnungen vom 9. und 13. August 1877), das erhebliche Erweiterungen der neuen Einrichtung brachte. Die notarielle Form wurde beseitigt. Die Erhebung aller Proteste ist ausschließlich den Gerichtsvollziehern, in deren Ermangelung oder Verhinderung die Erhebung des Protestes mangels Zahlung den Postbeamten, auch Unterbeamten und Briefträgern, übertragen. Durchgehends ist das für den Postprotest eingeführte einfache Formular vorgeschrieben.

Den Abschluß auf gleicher Bahn brachte dann das Postgesetz vom 30. Mai 1879[5], dessen dritter Abschnitt den Protest regelt, und an das sich die Kgl. Verordnung vom 12. Oktober 1879 (Art. 72, 73) anlehnt. Nunmehr ist auch der Protest mangels Annahme durch die Postbeamten zugelassen. Auch weibliche Postbeamte, welche 21 Jahre alt sind, können Proteste aufnehmen. Nochmals sei erwähnt, daß die schriftliche Privaterklärung des Präsentaten an Stelle des Protestes bestehen geblieben ist; sie wird von der Post nicht aufgenommen.

---

[1] Art. 66: Les protêts ... peuvent être remplacés, si le porteur y consent, par une déclaration qui constate le refus de la personne requise d'accepter ou de payer (übereinstimmend mit Art. 5 des unten erwähnten Gesetzes vom 10. Juli 1877).

[2] Nach Art. 6 des Gesetzes vom 10. Juli 1877 binnen vier Tagen nach ihrem Datum.

[3] Text bei Goldschmidt a. a. O. Bd. 23 S. 175.

[4] Text bei Goldschmidt a. a. O. Bd. 23 S. 177.

[5] Mittermaier in Goldschmidts Ztschr. Bd. 26 S. 131.

Die Ergebnisse der belgischen Gesetzgebung über das Protestverfahren werden allseitig gerühmt; „man hat sich erfahrungsmäßig von der Entbehrlichkeit der kostspieligen und weitläufigen notariellen Form des Protestes überzeugt" (Fischer, S. 552).

c) Das neueste Wechselrecht Italiens (enthalten in den Art. 251—338 des codice di commercio vom 2. April/31. Oktober 1882) läßt Ersatz des Protestes mangels Annahme und Zahlung, der vom Notar oder Gerichtsvollzieher erhoben wird, durch eine mit Zustimmung des Wechselinhabers („se il possessore vi acconsente") erfolgte, unterzeichnete Privaterklärung des Präsentaten auf dem Wechsel oder einer besonderen, seine Abschrift enthaltenden Urkunde zu[1]. Die Vorschrift lehnt sich auch in ihrer Ausgestaltung an das belgische Vorbild an (s. oben S. 351). Die Erklärung muß in bestimmter Frist (entro due giorni dalla data) registriert sein.

In Rumänien[2] ist dasselbe System, wie in Italien, adoptiert.

4. Ist das System der Protesterhebung durch öffentliche Urkunden mit seinen strengen Formalitäten und erheblichen Kosten heute bei den gänzlich umgestalteten Verkehrsverhältnissen noch zweckmäßig?

Zwei Gruppen von Gründen, die aus dem wirtschaftlichen Zwecke des Wechsels und der Natur des Kreditwesens einerseits und andererseits die aus der rechtlichen Natur des Wechselverkehrs, kommen bei Prüfung der Zweckmäßigkeit des Protestinstituts in Betracht. Beide Gruppen fallen gegen die Beibehaltung des Protestes in die Wagschale.

Wirtschaftliche Gründe.

a) Um bei dem Kostenpunkt anzufangen, so herrscht darüber mit Recht Einstimmigkeit, daß unverhältnismäßig hohe Kosten durch unseren Protest entstehen. Eine notwendige Folge der Tatsachen, daß ein Rechtsgelehrter, ein Notar, in Bewegung gesetzt wird, den man nicht wie einen Dienstmann besolden kann, und daß durch die vielerlei Förmlichkeiten der Aufwand wächst. Auch die geringere Gebühr des Gerichtsvollziehers belastet namentlich kleine Wechsel noch immer unverhältnismäßig. Und welchen Anlaß hat der Gläubiger, da

[1] Vgl. Vidari: il nuovo codice di commercio Art. 307; Rehbein Art. 87 Anm. 17.

[2] Das rumänische HGB. stammt aus dem Jahre 1886 und behandelt den Wechsel in Art. 270 bis 363 (vgl. Rehbein S. 6).

doch der Schuldner die höheren Kosten tragen muß, den juristisch zuverlässigeren Notar zu vermeiden, es sei denn, daß er nicht zu erlangen ist? In unserer Zeit, wo der Wechsel in den breitesten Volksschichten Aufnahme gefunden hat, wo man ihn zur Gesundung der Kreditverhältnisse auch in den Kleinverkehr möglichst weit einführen will, wo der kleine Mann sich besonderer gesetzlicher Fürsorge empfiehlt, spricht die Kostenfrage erheblich mit. Der „kleine Wechsel“ — wir denken hierbei an Wechsel bis 100 oder bis 150 Mark — spielt bei den zum Protest gelangenden Wechseln eine überraschend „große“ Rolle. Im Jahre 1902 hat sich bei der Reichsbank nach der mir erteilten Auskunft der Anteil der Protestwechsel in Beträgen bis zu 100 Mark an den zum Protest gegebenen Wechseln

a) für das gesamte Reich auf 20—25 Prozent,
b) für Berlin allein (einschließlich Charlottenburg und Potsdam) auf 15—20 Prozent

gestellt. Auch pflegt man die Summenhöhe, auf welche der Durchschnitt der Protestwechsel überhaupt lautet, zu überschätzen. Bei der Reichsbank beträgt sie durchschnittlich 350 bis 400 Mark. Der Wechselverkehr außerhalb der Reichsbank zeigt naturgemäß einen verhältnismäßig noch erheblicheren Anteil kleiner Wechsel; die Protestwechsel in Beträgen bis 150 Mark machen wohl die größere Hälfte aus. Hiernach wird man die Kosten nicht als quantité négligeable betrachten können; sie fallen im Verhältnis zu den Wechselsummen ins Gewicht. Für einen Wechsel von 120—200 Mark stellt sich beispielsweise die Kostenrechnung des preußischen Notars folgendermaßen: 1,80 Mark Gebühr; 1 Mark Wegegebühr; 0,20 Mark Schreibgebühr; 1,50 Mark Stempel bei einem Betrage über 150 Mark. Hierbei ist davon ausgegangen, daß nicht mehrere Wege, namentlich durch Nachfrage bei der Polizei, notwendig geworden, oder höhere Fahrkosten (als 1 Mark) entstanden sind.

Dies bei Protesten am Wohnort des Beamten. Bei einem Überlandprotest kann der Kostenbetrag leicht auf 12—20 Mark anschwellen[1].

b) Die erheblichen Protestkosten zeitigen ferner eine im Interesse eines gesunden Kreditwesens zu beseitigende

[1] Die Handelskammer von Grünberg (Fischer S. 556) führt einen Fall an, in dem für den notariellen Protest eines Wechsels über 42 Mark an Kosten 54 Mark entstanden sind.

Folgeerscheinung. Zur Verhütung der kostspieligen Überlandproteste werden nämlich gegenwärtig Wechsel auf Nebenplätze vermieden; auch wenn der Wechselhauptschuldner an solchen Plätzen wohnt, wird doch der Wechsel an einem Bankplatze zahlbar gemacht, „domiziliert". Daraus ergeben sich mancherlei, zum Teil tief einschneidende Übelstände. Zunächst muß der Hauptschuldner dem Bankhaus, an welches das Wechseldomizil lautet, eine Provision gewähren. Häufig genug ist dem Akzeptanten das Domizilieren auch beschwerlich und peinlich. Er legt auch nicht gern das Schicksal seiner Wechsel in fremde Hände. Andererseits ist es für den nachlässigen Schuldner ein wirksamerer Appell, wenn der Wechsel in seinem Kontor, als wenn er im fremden Kontor am fremden Orte zur Zahlung vorgelegt und eventuell protestiert wird. Endlich aber — last not least — wird unser Kreditwesen direkt durch eine Erschwerung des Wechselverkehrs auf Nebenplätze geschädigt[1], während seine Erleichterung den modernen Wirtschaftsverhältnissen und der geschichtlichen Entwickelung des Wechsels entspricht. Seit der DWO. ist die Wechselfähigkeit nicht mehr Privileg eines bestimmten Standes, des Bankiers oder der Kaufleute. Mit dem gegenwärtigen Gewerbewesen läßt sich auch die Einengung des Wechselverkehrs auf Bankplätze nicht mehr vereinigen. Tatsächlich besteht jetzt, wie Fischer zutreffend ausführt, durch das Vorhandensein von Fabriken, Hütten, Bergwerken und anderen wirtschaftlichen Anlagen mit erheblichen finanziellen Betriebsbedürfnissen an vielen Nebenplätzen, ja selbst auf dem Lande, ein erheblicher Wechselverkehr. Dem Großhandel mag es nicht erwünscht sein, wenn der Wechselverkehr sich der Dazwischenkunft der Bankplätze entledigen und ihm einen Teil seines Betriebskapitals, der in bankfähigen Wechseln besteht, entziehen will. Aber das Stapelrecht der Bankplätze steht mit den heutigen Grundlagen des Wechselverkehrs in Widerspruch. Dazu tritt, daß alle Maßregeln zu empfehlen sind, die „an die Stelle des ungesunden Borgsystems der bloßen Buchforderungen eine festere, den Umlauf des Betriebskapitals erleichternde Kreditform zu setzen geeignet sind." Eine solche Kreditform ist der Wechsel. Je mehr der

[1] Dies wird auch in der überwiegenden Mehrzahl von Gutachten der Handelskammern betont, vgl. unten S. 360. Anderer Meinung Bernstein, Dtsch. Not.-Ztg. 1902 S. 433, der für „Dörfer und Liliputstädte" die Kreditform des Wechsels nicht wünscht; indes der Strom der wirtschaftlichen Entwickelung läßt sich nicht zurückstauen.

kleine Wechsel im gewerblichen Leben in Umlauf kommt, um so prompter ist auf die Erfüllung der Zahlungsversprechungen zu rechnen, um so mehr gesunden die Kreditverhältnisse.

c) Eine Verschwendung von wirtschaftlicher Kraft an unrechter Stelle ist es auch, wenn man rechtsgelehrte Beamte zur Besorgung eines Geschäfts verwendet, das ebensogut von untergeordneten Kräften erledigt werden kann. Man soll nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen — dies ist ein im Interesse nationaler Volkswirtschaft nirgends zu mißachtender Gedanke. Für das in der Regel einfache Geschäft der Protestaufnahme, wozu eigentlich nur Zeit und Bereitwilligkeit nötig sind, einen Notar in Anspruch zu nehmen, ist eine ebensolche Kraftverschwendung, „als wenn man einen Klaviervirtuosen auffordert, zum Tanz aufzuspielen". Unter den Notaren selbst dürfte es wenige geben, welche die Aufgabe des Protestierens als eine ihrer Stellung und Vorbildung entsprechende betrachten. Wenn sie einander auf Protestwegen begegnen, dann gilt das Wort: augur cum augurem vidisset.

Rechtsgründe.

Man hat dem Proteste nachgerühmt, er liege einerseits im Interesse der regreßpflichtigen Vormänner, weil er sie rasch darüber aufkläre, ob der Wechsel Not gelitten, und ob sie die Mittel zu seiner Deckung parat zu halten hätten. Andererseits diene er aber auch dem Interesse des regredierenden Inhabers, weil er allein die Richtigkeit und Sicherheit der Regreßnahme ermögliche (Leist, S. 115). Bei schärferem Zusehen gehen beide Argumente fehl.

a) Der Regreßpflichtige hat nur ein Interesse daran, daß der Wechsel zunächst dem Hauptschuldner zur Zahlung vorgelegt, nicht aber, daß über die Erfolglosigkeit ein Protest in feierlichen Formen aufgenommen werde. Und unterrichtet denn die Aufnahme des Protestes den Regreßpflichtigen von der Wechselnot? Wird doch der Protest nicht gegen ihn und bei ihm aufgenommen, sondern beim Hauptschuldner. Ist doch ferner nach den meisten Wechselordnungen und insbesondere auch nach der deutschen die Benachrichtigung des Regreßpflichtigen keine Bedingung für die Wirksamkeit des Protestes. Kein Jota braucht er davon zu wissen; die Deckungsmittel muß er daher immerfort parat halten. Nicht die Tatsache also der Protestaufnahme hat jene aufklärende wirt-

schaftliche Bedeutung, vielmehr wird der Regreßpflichtige in dieser Beziehung nur durch Notifikationspflicht und kurze Verjährung geschützt. Das strenge Notifikationssystem, wie es in England herrscht, oder aber auch eine amtliche Benachrichtigungspflicht, wie sie die neue russische WO.[1] im Art. 72 dem Notar auferlegt, leistet derartige Dienste. Oder aber man müßte zu dem System der früheren russischen WO. von 1893 greifen, wonach der Wechselinhaber zur Wahrung seines Rechts gegen alle Indossanten der Reihe nach Protest erheben mußte.

b) Der Protest allein soll nun im Interesse des regredierenden Inhabers die Sicherheit der Regreßnahme ermöglichen. Gewiß ist der Protest ein ausgezeichnetes Beweismittel für die erfolgte Präsentation. Aber — wir wollen von seiner Kostspieligkeit, Umständlichkeit, vielfachen Unzweckmäßigkeit hier absehen — doch nur dann, wenn alles in Ordnung bei ihm ist. Seine Gestaltung aber in fast allen Wechselordnungen trägt gerade dazu bei, in einer großen Anzahl von Fällen die Sicherheit des Wechselinhabers zu beeinträchtigen, statt sie zu mehren. „Zeige mir einen Protest, und ich zeige dir seine Ungültigkeit", ist wahrhaftig nicht bloß ein Scherzwort. Die Lehre vom Protest gleicht einem Augiasstall fauler Einwände. Auf gut Glück seien nur einige Krebsschäden kurz gestreift:

Die Vorschriften über den Protest sind Muß-Vorschriften (Art. 87, 88). Ein Verstoß hat die Nichtigkeit der Protestaufnahme zur Folge. Dem Formalrecht muß somit sehr häufig das materielle Recht unterliegen. So erklärt das RG. (Gruchot, Bd. 35, S. 195) die nachträgliche Berichtigung eines Schreibfehlers („des Domiziliaten" statt „des Bezogenen") für unwirksam. — Man sollte meinen, es folge rechtsnotwendig aus der Natur des Protestauftrages, der eben dahin geht, Zahlung zu begehren, daß der Protestbeamte auch zum Zahlungsempfang legitimiert sei. Es entspricht dies auch einer allgemeinen Verkehrsobservanz. Trotzdem ist diese Frage zur Fundgrube verwickelter Kontroversen[2] geworden. — Ebenso kontrovers ist

---

[1] Russ. WO. vom 27. Mai/9. Juni 1902, übersetzt von Keyßner und Neubecker, Stuttgart 1903.

[2] Vgl. Staub Art. 87 § 14; Rehbein Anm. 8; J. und M. Stranz Anm. 11. — Der preuß. Justizminister hat sich in einer Verf. vom 18. Aug. 1887 für die Verneinung der Frage hinsichtlich der Gerichtsvollzieher ausgesprochen (Walter: „Der Wechselprotest" S. 31).

die Frage, ob ein Protest nötig und rechtswirksam sei, wenn der Protestat Zahlung bzw. Leistung anbiete[1]. — Ob Amtssiegel oder Stempel, ob sie unter das Originalprotokoll oder die beglaubigte Abschrift oder die Ausfertigung zu setzen sind, ist streitig (ROH. 7, S. 183; 8, S. 93). Ob Unterschrift und Siegelung innerhalb der Proteststunden oder der Protesttage zu vollziehen sind, nicht minder.

Was eine wörtliche Abschrift des Wechsels im Sinne des Art. 88 sei, darüber sind Ströme von Tinte geflossen. Wie oft hat man die „wörtliche Abschrift" zu wörtlich genommen. Das ROH. wurde zur Entscheidung über die Gültigkeit eines Protestes aufgerufen, in dessen Wechselkopie H. Werner stand, während der Wechsel von H. Merner giriert war. Abweichungen der Wechselkopie im Protest in bezug auf Namen des Indossanten oder Indossatars, im Datum, Ort, Betrag, Fälligkeitstag wurden für wesentlich erklärt, nach Lage der jetzigen Gesetzgebung leider mit Recht.

Dem Laien unverständlich sind auch die vielen Fälle durchaus zwecklosen Protestierens. Nach der bekannten Plenarentscheidung des ROHG. (24. S. 22) muß die Protesterhebung gegen den Kridar, der doch nicht zahlen kann, erfolgen. Mächtiger als Handlungsunfähigkeit, Geisteskrankheit und Tod erweist sich der Protest; er bleibt Sieger. Selbst wenn der Wechselhauptschuldner verstorben ist, genügt nicht eine Bestätigung des Todes, vielmehr muß Protest aufgenommen werden.

Die Fälle des Wind-, Wand-, Platz-Protestes hat zwar der Sprachgeist schon durch ihre Namen mit dem Stempel der Entbehrlichkeit und Überflüssigkeit gezeichnet. Trotzdem ist dieser Protest mit lästigen Formalitäten umgeben, so daß er eine Brutstätte von Ungültigkeitsgründen geworden ist. Heftige Streitfragen sind darüber entbrannt, ob es für die Beurkundung, „der Protestat sei nicht anzutreffen gewesen" (Art. 88, Nr. 3), des genauen Gebrauchs dieser Worte bedürfe, oder ob es genüge, daß es aus dem Sinne deutlich erhelle. Beispiel: der Notar habe im Kontor nur einen Lehrling, oder nur einen Buchhalter angetroffen (Bolze 11, Nr. 266). Die Weglassung des Wörtchens „nur" hat (RG. 23, S. 121) die Ungültigkeit zur

[1] Zweimal ist aus Anlaß dieses Streites Koch gegen Renaud in die Schranken getreten (Vorträge und Aufsätze S. 321 ff.). — Die Protesturkunde selbst, ein wahres „Schmerzenskind", ist zum Gegenstand einer esoterischen Geheimlehre geworden, dem Verstand der Verständigen unerklärlich.

Folge gehabt. Ganz unleidlich sind zum Teil die Vorschriften (Art. 91) über die Nachfrage bei der Polizeibehörde, um das Geschäftslokal oder die Wohnung zu ermitteln. Diese Nachfrage wird wie oft! zur Komödie. Wird sie doch für nötig erklärt, wenngleich vorher ermittelt ist, daß der Protestat nach einer andern Ortschaft verzogen sei (ROH. 25, S. 211)[1]. Sie muß auch geschehen, selbst wenn die Polizei jede Auskunft regelmäßig ablehnt. Beispielsweise lautet in Berlin bei Nachfrage nach Firmen die ständige Antwort: „Firmen werden nicht nachgewiesen". Ebenso muß sich der Beamte in Berlin, der nach Geschäftslokal oder Wohnung von Personen mit den nicht seltenen Namen: Müller, Schulze, Cohn u. ä. erkundigt, die stereotype Antwort holen: „Ohne nähere Angabe des Nationale nicht zu ermitteln". Und persönlich muß der Beamte diese Nachfrage vornehmen, als ob einer seiner Boten, dem eine schriftliche Auskunft erteilt werden könnte, nicht genügte.

Ein Wespennest von Kontroversen ist auch die Prüfung der Legitimation der Vertreter des Protestaten, die Beobachtung der Vorschriften über das Protestregister, Ort und Zeit des Protestes. Durch die Einführungsgesetze zur WO., nach denen der Protest nur innerhalb bestimmter Stunden erhoben werden darf, sind die Streitfragen noch vermehrt worden. Man kann bezweifeln, ob die Proteststunden, welche die WO. gar nicht kennt, jetzt überhaupt noch gültig sind und, wenn sie gültig, ob innerhalb der Stunden nur die Protesthandlung selbst oder auch die Protokollierung oder gar die Ausfertigung zu geschehen hat. Diese Frage ist bei unvorhergesehenen Hindernissen, die sich dem Protestbeamten in den Weg stellen, von folgenschwerster Bedeutung. Es sind kaum zwei Jahre vergangen, daß ein Notar im Kammergerichtsbezirk einen Regreß von über 100000 Mark erlitten hat, der die Proteststunden um wenige Minuten nicht eingehalten hat. Wann wird endlich der Proteststunde und dem sonstigen Protestfirlefanz die letzte Stunde schlagen?

5. Ist der Verkehr mit dem Protest zufrieden? Dieser entscheidenden Frage gebührt jetzt das Wort. Erachtete man selbst den Protest juristisch als eine Überflüssigkeit und wirtschaftlich als unzweckmäßig, so könnte man sich doch scheuen, an Altgewohntem zu rütteln, solange der Verkehr

[1] J. und M. Stranz, WO. Art. 91 Anm. 8.

sich zufrieden gäbe, solange er die Übelstände nicht als zu heftige empfände. Quieta non movere. Nicht vom grünen Tisch aus soll bei einem Institut, wie dem Wechsel, der aus der Handelsübung, aus dem stylus mercatorum, erwachsen ist, unnütz eingegriffen werden. Nur wenn Handel und Industrie selbst Vorschriften des Wechselrechts als lästig, schädlich, als hemmende Verkehrsfesseln empfinden, wenn sie Abhilfe dringend verlangen, dann soll eingegriffen werden. Aber auch diese Voraussetzung ist reichlich erfüllt[1].

Schon im März 1849, kurz nach der Publikation der ADWO. richtete die Handelskammer für Elberfeld und Barmen eine Eingabe an das Handelsministerium wegen Umgestaltung des Protestverfahrens; im Jahre 1851 folgte eine Eingabe eines Berliner Industriellen Vereins. In ihnen wird namentlich auf die Hindernisse hingewiesen, die einen erheblichen Teil des Geschäftsverkehrs von den Vorteilen des Wechselvertrages ausschließen, weil die Wechsel auf Nebenplätze in der Regel nur mit verhältnismäßig bedeutenden Inkasso- und Protestspesen und oft nur mit Gefahr realisiert werden könnten. Die Vorteile des Wechselverkehrs kämen dadurch einer Menge von Staatsbürgern nicht zugute. Dergleichen schwer zu realisierende Wechsel würden von Diskonteuren und Geschäftstreibenden zurückgewiesen und lägen als nicht zirkulationsfähig bis zum Verfalltag beim Inhaber als totes Kapital. Der Fabrikant und Gewerbetreibende, dem nicht zirkulationsfähige Wechsel nicht genügen können, sei genötigt, durch Buchausstände, das heißt durch Kredit auf unbestimmte Zeit, seine Betriebsmittel zu schwächen, deren er zum Lohn für seine Arbeiter und zur prompten Erfüllung seiner Verbindlichkeiten so dringend bedarf.

Gleiche und ähnliche Klagen, Wünsche auf Erhebung eines einfachen Protestes durch die Post wiederholten sich immer lebhafter. In den siebziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts wurde ein gesetzgeberisches Vorgehen „von zahllosen Stimmen aus der Mitte des Handelsstandes befürwortet, teils von den Vorständen kaufmännischer Körperschaften, teils durch einzelne Geschäftstreibende, in Eingaben, Druckschriften, Handelskammerberichten, öffentlichen Blättern usw. in unablässig steigendem Umfang und in dringender Weise“. Neben der

[1] Genaueres über das Folgende bei Fischer a. a. O., der reiches Material beibringt.

Betonung der obigen Übelstände wurde hervorgehoben, die Kosten für die Erhebung des Protestes seien erdrückende, namentlich an solchen Orten, an denen kein Protestbeamter wohne; es bedürfe auch keineswegs rechtsgelehrter Personen, vielmehr könne die Protestaufnahme durch Postbeamte geschehen. Gesuche an die obersten Reichsbehörden, Petitionen an den Reichstag drängten einander. Eine solche Petition von 27 Handels- und Gewerbevereinen gelangte in der Kommission des Reichstags vom 16. November 1876 zur Verhandlung[1]. Der Vertreter der Postverwaltung erkannte die Ausführbarkeit der angeregten Maßregeln an und erklärte die Bereitwilligkeit der Postverwaltung zur Übernahme der neuen Aufgabe, freilich unter Ablehnung einer weitergehenden Haftpflicht, als für die Besorgung von Postaufträgen (d. h. Ersatz wie bei Verlust von eingeschriebenen Briefen). Von der Kommission des Reichstags wurde diese Erklärung mit Befriedigung aufgenommen, die Petition indes zur Beratung im Plenum nicht für geeignet gehalten, da „eine Abänderung der WO. in der gegenwärtigen Session wegen der anderweit vorliegenden großen Gesetzentwürfe nicht an der Zeit sei".

Im Jahre darauf (1877) hat aber trotzdem die Postverwaltung angesichts der immer zahlreicher und dringender gewordenen Aufforderungen aus den Kreisen der Handel- und Gewerbetreibenden durch eine Umfrage bei den gesetzlichen Vertretungen des Handelsstandes sich darüber vergewissert, „ob und in welchem Umfang innerhalb des Reichspostgebietes ein Bedürfnis zu einem ähnlichen Vorgehen, wie in Belgien, vorhanden sei". Fischer (a. a. O. S. 553) teilt folgendes Ergebnis dieser wichtigen Umfrage mit. Von 112 im ganzen anfragten Vertretungen haben sich 98 gutachtlich geäußert. 91 Handelskammern erkennen es als ein Bedürfnis an, daß das Verfahren bei der Aufnahme von Wechselprotesten vereinfacht werde, und sprechen sich dafür aus, daß die Befugnis zur Vornahme dieses Akts auf Postbeamte ausgedehnt werde. Die Mehrzahl verlangt hierbei die Haftpflicht der Post für die rechtzeitige und formgerechte Protestierung in gleichem Umfange, wie sie den Notaren und Gerichtsvollziehern obliegt. Nur sieben der Gutachten[2] halten ein Bedürfnis nach Vereinfachung der Protestaufnahme teils über-

[1] Arch. f. Post und Telegraphie 1876 S. 715.
[2] Danzig, Königsberg, Memel, Osnabrück, Plauen, Tilsit und Zittau.

haupt für nicht vorhanden, teils für nicht dringend genug, um eine Abänderung der Gesetzgebung zu rechtfertigen. In mehreren dieser sieben Gutachten werden auch Bedenken gegen die Befähigung der Postbeamten geäußert. Die Gründe der zustimmenden Gutachten[1] sind die oben (S. 359 ff.) bereits erwähnten, die hier nicht wiederholt zu werden brauchen. Alle Teile des Vaterlandes, West und Ost, Nord und Süd, erkennen als ein dringendes Bedürfnis des Handels- und Gewerbestandes die gründliche Vereinfachung des Protestes an. Die Befähigung der Postbeamten wird fast durchweg im Gegensatz zu wenigen gegenteiligen Äußerungen eingeräumt. Die Anforderungen, welche die deutsche Post nicht allein hinsichtlich der Ausbildung, sondern namentlich auch in Beziehung auf Pünktlichkeit und Genauigkeit an ihre Beamten bis zum Briefträger herunter stelle, böten vollständige Gewähr, die Vornahme eines Protestaktes ihnen anzuvertrauen. Die Handelskammer zu Karlsruhe hebt hierbei hervor: „es werde genügen, wenn eine Bescheinigung des Postbeamten beigebracht wird, daß der Wechsel vorgezeigt und nicht bezahlt worden ist, da der seitherige Protest in Wirklichkeit auch nichts wesentlich anderes enthält, und dies auch alles ist, was das Gesetz durch den Protest dokumentiert wissen will".

Von den Handelskammern in Industriebezirken wird überall das neue Projekt auch deswegen mit Freuden begrüßt, weil sie in ihm eine Abhilfe der jetzt vorhandenen tiefgreifenden Übelstände erblicken, die sich für die an Nebenplätzen wohnhaften Bezogenen daraus ergeben, daß sie ihre Geschäftswechsel an einem Bankplatz domizilieren müssen.

Selbst das ablehnende Gutachten der Kaufmannschaft zu Königsberg gibt zu, daß die in Aussicht genommene Einrichtung dem Kleinverkehr und dem Kleingewerbe sehr zustatten kommen würde, und empfiehlt den Postprotest für Wechsel bis zum Betrage von 800 Mark. Erwägt man, daß der Durchschnitt der Protestwechsel sich auf 350—400 Mark beläuft (vgl. oben S. 353), so kann auch dieses Gutachten zu den zustimmenden gezählt werden.

---

[1] Zustimmend haben sich u. a. geäußert: Berlin, Braunschweig, Breslau, Dortmund, Dresden, Düsseldorf, Elberfeld, Elbing, Essen, Frankfurt a. M., Halle, Hannover, Heidelberg, Karlsruhe, Kassel, Kolmar, Köln, Konstanz, Mainz, Mannheim, Posen, Rostock, Straßburg.

Der Merkwürdigkeit halber sei die — fast ans Komische streifende — Begründung eines gegnerischen Gutachtens erwähnt. Die Handelskammer von Zittau (Fischer, S. 560) erblickt in der Protestaufnahme durch Postbeamte eine unzulässige Ausdehnung des Staatsgewerbebetriebes, vor welcher unter Hinweis auf die gefährlichen Irrlehren des Sozialismus und Kommunismus dringend gewarnt wird!

Was vor Jahren Bedürfnis des Handels und der Industrie gewesen, ist es jetzt nicht minder. Die Hochflut der Agitation hat sich verlaufen, nachdem auch der 1. Januar 1900 die ersehnte Revision nicht gebracht hat. Viele werden es müde, ewig die gleichen Klagen ohne Aussicht auf Erfolg zu erheben. Aber die Bewegung gegen den Protest ruht im Handelsstand und in der Presse[1] nicht.

6. Aus der Gesamtheit aller bisherigen Darlegungen ergibt sich mit Notwendigkeit die Folgerung, *daß die Beseitigung des Protestes möglich und daß sie zu empfehlen ist.* Die Kritik zeigte, von wo aus auch die Untersuchung einsetzte, die Brüchigkeit des Protestinstituts. Notwendig ist bei streng juristischer Konstruktion nur die Präsentation für den Regreß, nicht der Protest. Der geschichtliche Rückblick erwies gleichfalls, daß der Protest im Anschluß an bestimmte wirtschaftliche Funktionen des Wechsels entstanden ist, die heute eine Nebenrolle spielen, und daß die Beweisfunktion, die der Protest von Haus aus hatte, in andern Zeiten eben durch andere Mittel ersetzt werden kann. Kostspielig, weitläufig, zweckwidrig — so zeichnete sich das Bild des jetzigen Zustandes. Die wirtschaftlichen Zwecke des heutigen Kreditverkehrs, die besondere rechtliche Natur des Wechsels, die schwere Unzufriedenheit sämtlicher beteiligten Verkehrskreise haben Argument auf Argument gegen die Beibehaltung des Protestes geliefert. Einzelne Staaten sind auch schon zu gründlichen Umgestaltungen geschritten. Wie lange noch will Deutschland säumen? Omnis lex ad bonum commune ordinatur. Die Rücksicht auf das bonum commune zwingt zu endlichem gesetzgeberischen Eingriff.

Der diesseitige Vorschlag, folgerichtig entnommen und hergeleitet aus dem gesamten Material, geht dahin:

---

[1] Vgl. z. B. Vossische Zeitung 11. Juli 1903.

1. Inlandwechsel.

a) Bei Inlandwechseln, d. h. bei Tratten, die im Inland (innerhalb des Deutschen Reichs) ausgestellt und auf das Inland gezogen sind, bei eigenen Wechseln, die im Inland ausgestellt sind[1], ist ein Protest mangels Zahlung oder mangels Annahme überhaupt nicht nötig, um den Regreß zu wahren.

Hierbei kann dem Wechselinhaber, wie in England[2], anheimgestellt werden, Protest aufnehmen zu lassen, selbstverständlich in den vereinfachten Formen des Postprotestes (über den die späteren Ausführungen S. 372 ff. zu vergleichen sind). Die Kosten eines solchen Protestes trägt für die Regel der Wechselinhaber.

b) Bei Inlandwechseln ist der Wechselgläubiger befugt, durch eine innerhalb der Präsentationsfrist abgegebene Erklärung des Präsentaten die Weigerung der Zahlung oder Annahme feststellen zu lassen. Die Erklärung soll entweder auf dem Wechsel oder auf einer besonderen, die Kopie des Wechsels bezw. seinen wesentlichen Inhalt enthaltenden Urkunde erfolgen. Sie ist zu datieren und von der zur Zahlung oder Annahme aufgeforderten Person zu unterzeichnen[3].

Wird die Abgabe der schriftlichen Erklärung verweigert, so erhöht sich der Anspruch des vorzeigenden Wechselgläubigers gegen den Wechselhauptschuldner um ein drittel Prozent der Wechselsumme.

c) Unbeschadet der obigen Bestimmungen muß der Wechsel ordnungsmäßig zur Zahlung präsentiert werden, d. h. vom legitimierten Inhaber, zur gehörigen Zeit, am

[1] Die Begriffsbestimmung im Engl. R. (Sekt. 4) lautet: „Ein Inlandwechsel ist ein Wechsel, der innerhalb der britischen Inseln gezogen und zahlbar oder innerhalb der britischen Inseln auf eine auf denselben wohnende Person gezogen ist, oder der sich äußerlich so darstellt. Jeder andere Wechsel ist ein Auslandwechsel". — Vgl. Deutsche WO. Art. 85 und die Kommentare hierzu.

[2] Vgl. oben S. 349 ff. und S. 349 Anm. 2, wo Sekt. 51 abgedruckt ist.

[3] Über das belgisch-ital. Vorbild vgl. oben S. 350 ff. (Anm. 3) und S. 352.

gehörigen Ort, gegenüber der richtigen Person usw., sonst sind der Aussteller und die Indossanten von ihrer Haftbarkeit befreit[1].

Die Präsentation kann durch jedes Beweismittel der betreffenden Prozeßart bewiesen werden; zur Berücksichtigung genügt indes, daß sie glaubhaft gemacht ist.

2. Auslandwechsel.

Bei Auslandwechseln (von denen hier die vom Ausland auf das Inland gezogenen interessieren) ist die Protestaufnahme erforderlich, selbstverständlich in den vereinfachten Formen des Postprotestes.

Die Begründung zu diesen Vorschlägen darf an dieser Stelle sich auf wenige Erwägungen, insbesondere für die Einzelgestaltung, beschränken, da die Hauptbeweise aus den früheren Darlegungen sich ergeben.

Zu 1 und 2. Inland- und Auslandwechsel werden deshalb verschiedenartig in den Vorschlägen behandelt, um nicht infolge des weithin noch in Geltung stehenden Protestes die Sicherheit des Wechsels zu gefährden. Einer späteren internationalen Regelung des Wechselrechts mag auch die einheitliche Gestaltung des Protestrechts und hoffentlich die Beseitigung des Protestes vorbehalten sein.

Zu 1a u. c. Diese Vorschläge für die inländischen Wechsel wurzeln in folgenden Erwägungen:

Die Präsentation ist das einzige, was notwendig ist. Daß darüber ein Protest aufgenommen werde, ist nicht nötig; der Protest rechtfertigt sich weder aus dem Wesen des Wechsels, noch aus den Anforderungen des Verkehrs. Haben doch Aussteller und Giranten keine Ahnung davon, ob ein Protest erhoben ist. Das Wesentliche für sie, die eine Zahlungspflicht zu erfüllen haben, ist nicht die Aufnahme einer feierlichen Urkunde, die für sie doch terra incognita ist, sondern eine strengere Notifikationspflicht, wie sie die englische und russische Wechselordnung (s. oben S. 349, 356) kennen, sowie eine kurze Verjährung, damit ein unnützes Bereithalten der Deckungsbeträge vermieden werde und damit nicht die Regreßschuld

[1] Dies entspricht dem englischen Vorbilde (Sekt. 45; s. oben S. 349).

nach langer Zeit bei veränderten Vermögensverhältnissen der Vormänner gegen sie zur Geltendmachung gelange.

Der Nachweis der Präsentation soll durch jedes Beweismittel, welches die betreffenden Prozeßarten an die Hand geben, geführt werden dürfen. Dafür eine solenne Beweisführung durch den Protest aufzuerlegen, darin ist, im Widerspruch zu Leist (S. 165), sowohl eine Härte als auch eine Belästigung des Verkehrs ohne jeden Nutzeffekt zu finden. Wird doch durch den Protest nicht einmal erheblichen prozessualen Weiterungen vorgebeugt, wie dies bereits dargelegt ist (s. oben S. 356 ff.). Auch in England wird, ohne jeden Nachteil, die Präsentation in der üblichen und gewöhnlichen Weise nachgewiesen, meist dadurch, daß Zeugen aufgerufen werden, die sie bestätigen.

Zum Beweise der Präsentation soll indes — es ist dies ein Schritt weiter hinaus — neben den ordentlichen Beweismitteln auch die Glaubhaftmachung (§ 294 ZPO.) selbst im Wechselprozeß genügen, wie nach § 605 der Zivilprozeßnovelle zur Berücksichtigung einer Nebenforderung ausreicht, daß sie glaubhaft gemacht ist. Nach der bisherigen Praxis zum § 294 ZPO. kann sich der Beweisführer bei der Glaubhaftmachung aller Beweismittel ohne Rücksicht auf die für das regelmäßige Beweisverfahren bestehenden Formvorschriften bedienen, sofern nur die Beweisaufnahme sofort erfolgen kann; dem Gerichte steht ein möglichst freies Ermessen zu. Die unbeeidigte Aussage, die schriftliche Bescheinigung oder die eidesstattliche Versicherung eines Dritten kann Berücksichtigung finden (RG. in Zivils. 30 S. 376; RG. in Strafsachen 19 S. 425; Wilmowski-Levy Anm. 1 zu § 266 ZPO. alter Fassung; Struckmann-Koch Anm. 2 zu § 294 ZPO.). Hiernach würde eine eidesstattliche Versicherung über die erfolgte Präsentation genügen; sie brauchte nicht vom Kläger, sondern könnte auch von demjenigen Nachmann, bezw. derjenigen Person, die in seinem Namen die Präsentation besorgt hat, Kassenboten usw., herrühren. Gegenbeweis ist selbstverständlich statthaft.

Durch eine solche Gestaltung wird, wie auf der Hand liegt, die Verfolgung in einem abgekürzten schleunigen Verfahren, auch in den Formen des deutschen Urkundenprozesses, nicht nur nicht erschwert, sondern vielmehr erleichtert. Und keineswegs zur Ungebühr erleichtert. Die Präsentation liegt so sehr im Interesse des Wechselinhabers, daß sie in den seltensten Fällen unterbleibt. Ein Bestreiten der Präsentation gehört

gleichfalls zu den Seltenheiten der Prozeßpraxis; meist werden nur die Modalitäten, unter denen sie vorgenommen ist, Gegenstand der Rüge (ob rechtzeitig usw.). Warum also gerade den Beweis einer solchen Tatsache mit den erschwerendsten Förmlichkeiten umkleiden? Gewiß, auch die Präsentation kann bestritten werden, auch hier können Gegenbeweise angeboten werden; aber das ist kein ausschlaggebendes Argument gegen unseren Vorschlag. Wer wird deswegen, weil eine Wechselunterschrift abgeleugnet werden kann, zur Urform des Wechsels, dem Notariatswechsel[1], zurückkehren wollen? Ebensowenig bedarf es einer Notariatsurkunde als einzigen Beweismittels für die Präsentation. Endlich ist auch nicht zu übersehen, daß sich schon auf den Besitz des Wechsels eine „praesumtio iuris“ gründet, es sei rechtzeitig präsentiert und Zahlung nicht erlangt worden (reus iusto tempore interpellatus non solvit)[2].

Zu 1b. Wird auch der Wechselprotest für Inlandwechsel prinzipiell beseitigt, so hat doch daneben der weitere Vorschlag, dem Wechselgläubiger die Einholung einer Privatdeklaration zu gestatten, große praktische Vorteile, weil sie ein ausgezeichnetes Mittel ist, jedem Streit über die fristgerechte Präsentation möglichst vorzubeugen. Im belgischen, italienischen und rumänischen Recht (s. oben S. 350, 352) können die Proteste durch die Privatdeklaration ersetzt werden. Bei den diesseitigen Vorschlägen wird sie, wiewohl an sich die Protesterhebung überhaupt unnötig, dem Wechselinhaber wegen der obigen Vorteile anheimgestellt.

Hervorragende Praktiker des Wechselrechts, wie Koch[3], und Theoretiker, wie Cohn[4], haben sich für die Einführung der Privaterklärung ausgesprochen. Der Vorschlag schließt überdies an altes Recht an — es gibt nichts Neues unter der Sonne — und hat damit auch „die Legitimität“ für sich. Schon im 14. Jahrhundert finden sich Statuten, die an der Stelle des Notariatsprotestes Vermerke des Bezogenen über gänzliche oder teilweise Weigerung auf dem Rücken — in cornu — des Wechselbriefes selbst für ausreichend erklären (Goldschmidt, Univ.-Gesch., a.a.O. S. 458 Anm. 156; Grünhut Bd. I S. 67). So trägt ein Wechsel von 1392 die unterschrift-

[1] Goldschmidt, a. a. O. S. 419 ff., 457 ff.
[2] Vgl. Leist, S. 115.
[3] Vgl. oben S. 343 Anm. 2.
[4] Georg Cohn, a. a. O. S. 112.

lich vollzogene Erklärung des Bezogenen: „Wir zahlen nicht, weil wir von Euch kein Geld haben“. Der Vermerk mußte auch die Angabe der Zeit der Präsentation enthalten und vertrat den Protest[1].

Man hat gegen die Privaterklärung den Einwurf der Unzuverlässigkeit gemacht; sie würde dem Regreßanspruch die leichte prozessuale Realisierbarkeit entziehen. „Denn die Privatunterschrift könne abgeleugnet werden“ (Leist S. 165). Der Einwand ist hinfällig. In Belgien ist[2] in einer Sitzung des Senats festgestellt worden, daß während zweier Jahre nach Einführung der Privatdeklaration bei dem Handelsgericht zu Brüssel kein einziger der früher befürchteten Fälle sich zugetragen habe, in dem die Unterschrift einer die Zahlungsweigerung konstatierenden Privaterklärung abgeleugnet worden wäre. Auch ist eine Erschwerung der Realisierbarkeit des Regreßanspruchs schon deswegen nicht zu befürchten, weil dem beklagten Regreßschuldner der Beweis der Fälschung obläge.

Gewichtiger erscheint der Einwand, daß sich die Privatdeklaration vielleicht schwer einbürgern wird; der Wechselschuldner, von dem sie nicht erzwungen werden kann, werde sie nicht leicht geben, der Gläubiger sich nicht um sie bemühen. Der Gläubiger hat indes das Interesse, einen klipp und klaren Beweis der fruchtlosen Präsentation in die Hand zu bekommen. Und es liegt auch im vernünftigen Interesse des Hauptschuldners selbst, eine derartige Erklärung zu unterzeichnen. Schikanös sind, wie die Erfahrungen der Protestpraxis jedem Urkundsbeamten zeigen, die Wechselschuldner nur in Ausnahmefällen. Zumeist leiden sie selber Not, wenn der Wechsel Not leidet, und sind in diesem Zustande geneigt, dem Gläubiger und sich selbst nicht unnütze Weiterungen zu machen. In Belgien freilich bewegt sich die Anwendung der die Stelle des Protestes vertretenden Erklärung nur in mäßigen

---

[1] Dies war in den Statuten von Lucca (1376), Florenz (1393), Barcelona (1394), Bologna (1454) zugelassen. In den statuta Bononiae (zitiert bei Leist, S. 19) heißt es: „Literas Cambii .... et acceptatae non fuerint ..... si .... in loco ordinato fuerint praesentatae, quod constare debeat per protestationem factam ei cui litterae fuerint destinatae, seu per ipsius subscriptionem.“ Im Anschluß hieran entstand auch, wie Grünhut (Handb. I S. 72) bezeugt, auf den Lyoner Messen der Gebrauch, daß der Bezogene auf den Wechsel ein „S. P.“ (sous proteste) setzte, wenn er Annahme verweigerte.

[2] Vgl. Sachs in Goldschmidts Ztschr. Bd. 21 Beilageheft S. 85.

Grenzen[1]. Indes ist bei dem diesseitigen Vorschlag eine so geringe Inanspruchnahme nicht zu befürchten. In Belgien wird nämlich die Privaterklärung des Bezogenen von der Post nicht angenommen. Die Privaterklärung ist auch an eine Frist gebunden, die schon an dem vorletzten, für die Protesterhebung zulässigen Tage abläuft. Beide Momente müssen den Gebrauch dieser Form beeinträchtigen. Sie fallen beim diesseitigen Vorschlage weg. Überdies gibt er dadurch ein kleines Impelle dem Gläubiger und dem Schuldner, daß die Verweigerung der Abgabe der schriftlichen Privaterklärung dem vorzeigenden Inhaber den Anspruch auf ein drittel Prozent der Wechselsumme gegen den Wechselhauptschuldner erwachsen läßt. Mag der Antrieb auch ein kleiner sein, so kann er doch ein wirksamer werden.

Endlich ist die Gefahr von Kollusionen gegen die Zulassung der Privaterklärung geltend gemacht worden[2]. Der Regreßschuldner hätte im Hauptfalle, dem der Zahlungsnot, keine ausreichende Sicherheit dafür, daß nicht Wechselinhaber und Hauptschuldner die innerhalb der Frist versäumte Feststellung der Wechselnot nachträglich zu Ungunsten des Regreßschuldners nachholen und vordatieren. Aber derartige Kollusionen stehen unter dem strafgesetzlichen Verbot der Fälschung, sie werden daher selten vorkommen. Überdies dient zum Schutze hiergegen die Registrierung der Weigerungserklärung innerhalb kurz bemessener Frist. Diese Registrierung innerhalb vier bezw. zwei Tagen verlangen auch Belgien und Italien[3]. Schlägt man die Kollusionsgefahr hoch an, so mag eine solche Registrierung vorgeschrieben werden. Als Registrierungsbehörden würden sich leicht zugängliche empfehlen.

5. Nach unserer Ansicht lassen sich die obigen Vorschläge, die zunächst den Zahlungs- und Annahmeprotest im Auge haben, auch auf die andern Protestfälle entsprechend ausdehnen. Nach Art. 8 des belgischen Protestgesetzes vom 10. Juli 1877 kann die Ehrenannahme bezw. Ehrenzahlung in der durch die Art. 6 und 7 — diese handeln von der Privatdeklaration — vorgeschriebenen Weise festgestellt werden. Übrigens würde die

[1] Die Zahl der Deklarationen im Verhältnis zu den förmlichen Protesten beläuft sich auf etwa 10 bis 15 Prozent gegenüber 90 bis 85 Prozent Protesten (vgl. Sachs a. a. O. und Fischer S. 550).

[2] Grünhut, Hdbuch II S. 48; Bernstein in der Not.-Ztschr. a. a. O. S. 431.

[3] Vgl. oben S. 351 Anm. 2 und S. 352.

Bedeutung der gesetzgeberischen Schritte wenig beeinträchtigt, wenn selbst für die andern weit selteneren Fälle der Not, Sicherheitsprotest (Art. 29 Abs. 2), Interventionsprotest bei Ehrenannahme und Ehrenzahlung (Art. 58 DWO.), die Aufnahme eines Protestes bestehen bliebe.

III. Reform des Protestes.

So fest wir auch von der Durchführbarkeit und den Vorteilen unserer Vorschläge, die in der Hauptsache auf eine Beseitigung des mittelalterlichen Instituts hinauslaufen, überzeugt sind, so wenig verhehlen wir uns, daß sie — in Deutschland wenigstens — unter den Juristen eine Phalanx von Gegnern zählen. Um so zahlreicher aber sind die Anhänger des Reformgedankens. Wer den alten Zopf nicht vollständig abschneiden mag, kann sich doch den Gründen für eine Um- und Neugestaltung des Protestrechts nicht verschließen. Während „die Wissenschaft kein Kompromiß kennt, kann die Gesetzgebung ohne Kompromisse nicht arbeiten" (Liszt).

Der nun folgende Teil soll sich daher damit beschäftigen, welche Reformen diesseits, wenn man eben von der Beseitigung des Protestes absieht, als die wirksamsten betrachtet und empfohlen werden. Auf alle möglichen Vorschläge, die bereits aufgetaucht sind, prüfend einzugehen, ist uns im Rahmen dieser Abhandlung versagt. Es gilt, nur einige Hauptziele festzulegen, auf die eine gedeihliche Reform lossteuern muß.

1. Ein bisher, soweit wir sehen, literarisch nicht vertretener Gedanke ist der: den Protesterlaß[1] zur gesetzlichen Regel zu machen.

> Der Protest ist nur dann zu erheben, wenn die Aufforderung („mit Protest", „mit Kosten" und ähnlich) von den Regreßschuldnern oder dem Akzeptanten des domizilierten Wechsels ihrer Unterschrift beigefügt wird. Nur derjenige, der diese Aufforderung seiner Unterschrift beifügt, wird beim Unterbleiben des Protestes von der Regreßpflicht frei.
>
> Die Kosten eines vom Inhaber ohne die Aufforderungsklausel erhobenen Protestes werden nicht ersetzt.

[1] Über den Protesterlaß s. oben S. 345 und Leist, S. 114 ff.

Der Protesterlaß kommt, wie wir gesehen haben, in fast allen Wechselrechten vor, nur Italien (Art. 309), Rumänien und Portugal erklären die Erlaßklausel für wirkungslos, für „nicht geschrieben“ (... „si ha per non scritta“). Was heute als Ausnahme gilt, kann ohne Schaden zur gesetzlichen Regel erhoben werden. Selbst prinzipielle Anhänger der Beibehaltung des Protestes, wie Leist (S. 121), erkennen die Nutzwirkung des Protesterlasses bei Wechseln über kleine Beträge und hauptsächlich bei solchen Wechseln, die nur für eine beschränktere Zirkulation bestimmt sind, an. „Die Erfahrung des Handelsverkehrs lehrt übrigens, daß, wenn die Klausel, wie es in der Regel geschieht, vom Trassanten herrührt, nicht leicht Protest erhoben wird“ (Grünhut II, § 122, Anm. 5).

Bekanntlich kehrt sich nach der Vorschrift des Art. 42, Satz 2 DWO. die Beweislast, wenn der Protest erlassen ist, insofern um, als der Protesterlassende die nicht rechtzeitig erfolgte Präsentation, wenn er sie in Abrede stellt, beweisen muß. Würde es sich nun rechtfertigen, diese Umkehrung der Beweislast beizubehalten, wenn der Protesterlaß zur gesetzlichen Regel geworden ist? Die Entscheidung dieser Frage ist nicht prinzipieller Natur, wir neigen der Ansicht zu, von der Umkehrung der Beweislast abzusehen und dem Regreßkläger den Beweis der Präsentation aufzuerlegen, wenn der Protesterlaß zur gesetzlichen Regel wird. In denjenigen Fällen, wo der Protest verlangt wird, soll seine Aufnahme selbstverständlich in der vereinfachten Form des Postprotestes erfolgen.

Wenn auch Art. 42 der DWO. nur den Erlaß des Protestes mangels Zahlung geregelt hat, so kann doch auch ein Erlaß des Protestes mangels Annahme und mangels Sicherstellung erklärt werden (J. und M. Stranz, Art. 42, Anm. 9). Nichts spricht dagegen, auch den Erlaß des Protestes mangels Annahme und mangels Sicherstellung de lege ferenda zur gesetzlichen Regel zu erheben, wie ja auch für diese Fälle oben die volle Beseitigung des Protestes als möglich und zweckmäßig dargetan ist.

Der Vorschlag, den Protesterlaß zur gesetzlichen Regel und die Protesterhebung zur Ausnahme für den Fall des ausdrücklichen Verlangens zu machen, hat ungemein viel Bestechendes. Läßt er doch die prinzipielle Grundlage unangetastet und lehnt er sich doch an die in den Gesetzgebungen fast überall herrschende Erlaßklausel an. Überdies läßt er den Beteiligten, deren Privatinteresse allein durch den Protest geschützt

werden soll[1], die Wahl, ob sie den Protest verlangen oder nicht. Die Erfahrung weniger Jahre, die beste Lehrmeisterin, würde dann zeigen, wie der Verkehr, dem man bei diesem Vorschlage nicht mit Zwangsvorschriften entgegengetreten ist, gewählt hat. Um das Experiment rein zu gestalten, müßten die Kosten eines etwaigen Protestes, den der Inhaber ohne die Aufforderungsklausel hat aufnehmen lassen, ihm zur Last fallen[2].

2. Wie man sich aber auch zu den bisherigen Vorschlägen stellen mag, wie man auch prinzipiell über die Notwendigkeit des Protestinstituts denken mag, unabweisbare Pflicht eines alsbaldigen gesetzgeberischen Vorgehens ist die Reform des Protestes durch seine *Vereinfachung*. Seiner Schwerfälligkeit, Kostspieligkeit und Umständlichkeit und dann auch seiner Unsicherheit muß der Protest endlich entkleidet werden.

Für die Vereinfachung gibt es zwei Wege:

a) Man läßt es in Ansehung der Protestbeamten bei der bisherigen Regelung und reformiert nur in Ansehung der Protestbeurkundung.

In dieser Beziehung ist am beachtenswertesten der Vorschlag Makowers (in Goldschmidts Zeitschrift 1893 Bd. 41 S. 361 ff.). Er will die ganze inhaltsleere, nicht selten zur Schikane ausgebeutete Jurisprudenz des Protestes in folgender Weise überflüssig machen. Der Urkundsbeamte soll auf den Wechsel oder eine Allonge den der jeweiligen Sachlage entsprechenden Vermerk setzen: „Annahme, Zahlung, Sicherheitsleistung verweigert" und Auftraggeber, Ort, Tag, Unterschrift (allenfalls auch Siegel) beifügen. „Damit wäre für drei Viertel aller Fälle ausgesorgt. Ja, besser, als jetzt, weil durch den Vermerk auf dem Wechsel die Identität feststände." Vieles von dem, was jetzt in die Urkunde aufgenommen werden muß, will Makower in die Instruktion für die Urkundsperson verwiesen haben, um dadurch die Ordnungsmäßigkeit des Verfahrens zu sichern, z. B. wie der Vermerk bei Vorlegung an Notadressaten zu lauten habe („nehmen an, oder zahlen zu Ehren des X")[3].

---

[1] Vgl. oben S. 345.

[2] Schon jetzt befreit in England und Frankreich der Protesterlaß von der Zahlung der Protestkosten (Späing, S. 141 ff.); anders in Deutschland (Art. 42 Satz 3).

[3] Makower will mit Rücksicht auf die im Auslande geltenden Bestimmungen, die — auch in England gegebene — Möglichkeit offen lassen, nachträglich auf Grund jener Notiz auf Verlangen eine förmliche Protesturkunde auszufertigen.

Dieser Vorschlag lehnt sich, wie auf der Hand liegt, an das englische Vorbild der Protestnotierung (s. oben S. 350), die schon in deutschen Wechselordnungen des siebzehnten Jahrhunderts sich findet (Thöl § 91). Er hat in seiner Einfachheit und Knappheit viel Verlockendes. Indes ihm stehen durchgreifende Bedenken entgegen. Es bleiben die gleichen Protestbeamten, es bleiben also die gleichen Kosten. Man setzt nach wie vor, um Makower mit seinen eigenen Argumenten und Worten zu widerlegen, rechtsgebildete Herren in Bewegung, um in den Straßen der Städte und auf Landstraßen umherzufahren und feierliche, höchst verantwortungsvolle Urkunden darüber auszufertigen. Es ist also auch notwendig, sie angemessen zu honorieren. Die Kosten fallen als Regel schließlich demjenigen zur Last, der schon Not hat, den Wechsel einzulösen. Überdies sprechen alle oben entwickelten wirtschaftlichen Gründe (S. 352 ff.) gegen den Vorschlag. Eine Ausdehnung des gesunden Wechselverkehrs auf Nebenplätze, eine Gesundung des Kreditwesens, eine Einschränkung des Borgsystems sind unmöglich, solange die bisherigen schwer zugänglichen und kostspieligen Urkundsbeamten beibehalten werden.

b) Eine gesunde, nutzbringende Reform muß nicht nur in Ansehung der Protestbeurkundung, sondern auch in Ansehung der Protestbeamten einsetzen. Ein bewährtes Vorbild ist vorhanden, das belgische. Um zu einem billigen, einfachen, juristisch und wirtschaftlich wirksam fungierenden Protest zu gelangen, ist folgende, in den Grundzügen im belgischen Beispiel wurzelnde, gesetzliche Regelung zu empfehlen:

§ 1. Der Protest durch Notare fällt weg. Jeder Protest wird durch einen Gerichtsvollzieher oder durch einen Postbeamten (Briefträger) aufgenommen.

§ 2. Die Protesturkunde, für welche ein Formular (durch Gesetz oder Verordnung)[1] einzuführen ist, wird in ein Registerheft (carnet à souche, Stockheft) eingetragen. Sie wird als Allonge dem protestierten Wechsel angehängt.

---

[1] Das Formular eines belgischen Postprotestes (vgl. Goldschmidt, Ztschr. Bd. 23 Beilageheft S. 183) lautet:

§ 3. Die Protesturkunde soll enthalten:
1. die Wechselsumme und den Verfalltag;
2. den Namen oder die Firma der Personen, für welche und gegen welche Protest erhoben wird;
3. den Vermerk über die Anwesenheit oder Abwesenheit des Protestaten und eventuell dessen Erklärung;
4. den Vermerk, daß ein Bericht zurückgelassen ist, eventuell wem er übergeben ist;
5. eine etwa erfolgte Ehrenannahme oder Ehrenzahlung;
6. das Datum (Ort und Zeit) und die Unterschrift des Protestbeamten sowie die Gebührennote.

Das Stammblatt im Registerheft (das Protestregister) soll dieselben Angaben enthalten, wie die Allonge.

Modèle.

Protêt № . — Postes.

Bureau d

№ =

Effet de fr. №

remis par

payable au 187 ,

par , qui était (1)

Motifs du non-payement:

Bulletin remis à (2)

Le 187 .

L'agent des postes,

Frais:		
Timbre . . fr.	0	45
Enregistrement.		
Emoluments . .	1	50
Total fr.		

(1) Présent ou absent. — (2) Noms et prénoms. — (3) Si l'agent des postes instrumente en place d'un huissier absent ou empêché, il fera suivre sa qualité des mots: instrumentant en place de l'huissier absent ou empêché.

Acte de protêt.
Administration des postes.
Bureau d
№

— Le soussigné a constaté le non-payement
de l'effet de fr.
payable le 187 , par
celui-ci étant (1)

Motifs:

Un bulletin donnant avis du présent acte à été remis à (2)

Signature du débiteur

A. le 187

L'agent des postes (3)

Enregistré à
le 187 , vol. fol. ,

Coût	Timbre . . . . fr.	0	45
	Enregistrement		
	Emoluments . . .	1	50

Reçu

Le receveur Total fr.

Le 187 .*)
des postes à a protesté un effet
de fr. , remis par
domicilié à
Timbre à date

*) Nom et qualité de l'agent

Der erste Teil links von der Durchlochung stellt das Stammblatt dar, das in dem als Protestregister dienenden Hefte (Registerheft, Stockheft) zurückbleibt. Der mittlere Teil ist die Protesturkunde, die vom Stammblatt losgelöst und an den protestierten Wechsel angehängt wird (Allonge). Der dritte Teil ganz rechts stellt den stempelfreien Bericht (bulletin, avis de protêt) dar, der gleichfalls losgelöst und am Orte der Protesterhebung zurückgelassen wird.

Das Formular für den huissier ist entsprechend das gleiche (abgedruckt bei Goldschmidt a. a. O.).

Nur wesentliche Mängel[1] machen die Protesturkunde unwirksam.

§ 4. Der Protestbeamte läßt an dem Orte der Protesterhebung einen stempelfreien Bericht zurück, in welchem der Name oder die Firma und der Wohnsitz des Wechselinhabers, für welchen der Protest erhoben worden ist, der Name des Protestbeamten und der wesentliche Inhalt des protestierten Wechsels (l'import de l'effet) angegeben sind.

§ 5. Die Gebühr beträgt 1 Mark bei Wechseln bis zu 100 Mark einschließlich und bei höheren Wechseln 1,50 Mark.

§ 6. Der Staat[2] haftet dem Auftraggeber für die Pünktlichkeit und formgerechte Besorgung des Protestes.

Die obigen Vorschläge weichen von den belgischen Vorschriften[3] namentlich in folgenden nicht unerheblichen Punkten ab. Nach dem belgischen Gesetz ist die Aufnahme des Protestes durch die Postbeamten an die Voraussetzung geknüpft, daß an dem fraglichen Orte kein Gerichtsvollzieher wohnt, oder daß er verhindert ist. Da sich aber in Belgien der Postprotest durchaus bewährt hat, liegt kein Grund vor, ihn erst subsidiär eintreten zu lassen. — Ferner zeigt der Inhalt der Protesturkunde Abweichungen, insbesondere bei den Nummern 2, 3 und 4. — Der angetroffene Protestat soll nach belgischem Recht die Protesturkunde mitunterzeichnen, eventuell soll seine Unfähigkeit oder Weigerung zu unterzeichnen, festgestellt werden. — Nach belgischem Recht braucht die Nachricht vom Protest nicht zurückgelassen zu werden, wenn der Protestat nicht angetroffen wird. — Belgien unterscheidet endlich hinsichtlich der Gebühren die Gerichtsvollzieher- und die Postproteste; für erstere werden 2 Frank, für letztere 1,50 Frank berechnet.

Zur Begründung der obigen Reformvorschläge braucht an dieser Stelle nur kurz auf die Hauptargumente für die Einführung gerade des Postprotestes unter Prüfung der Gegen-

[1] Hier verbietet sich ein genaues Eingehen darauf, welche Mängel als wesentlich zu erachten wären.

[2] Die Justizverwaltung für die Gerichtsvollzieher, die Postverwaltung für die Postbeamten.

[3] Vgl. oben S. 350 ff.

gründe eingegangen zu werden; im übrigen sei auf unsere gesamten Darlegungen verwiesen.

α) Die Kosten sind ungemein geringe. Das Verfahren ist jeder Schwerfälligkeit entkleidet, ein einfaches, sicheres und schleuniges. Wir stehen im Zeichen des Verkehrs. Kaum gibt es eine geeignetere Anstalt, als die Post, wenn man sich nach einer Protestbehörde umsieht, da die Post bereits die Einziehung der Wechsel zum beträchtlichsten Teile im Wege des Postauftragsverkehrs besorgt, und da sie den Weg überallhin am leichtesten findet.

β) Es wird auch kein Sprung ins Dunkle gemacht; vielmehr sind die Ergebnisse der belgischen Gesetzgebung ungemein günstige. Die belgische Postverwaltung spricht sich in einer dem deutschen Generalpostamt im Jahre 1877 zugegangenen Mitteilung wie folgt aus[1]: „Der neu eingerichtete Dienstzweig hat sich von Anfang an mit vollständiger Regelmäßigkeit abgewickelt. Durch die Postanstalten sind vom 1. Oktober 1876 bis August 1877 etwa 179000 Wechsel über einen Gesamtbetrag von 45800000 Franks einkassiert. Die Postbeamten haben 3100 Protestaufnahmen bewirkt. Dank dem überaus einfachen Formular machen unsere Beamten und namentlich die Briefträger die Proteste mit der größten Leichtigkeit." Schritt auf Schritt hat daher auch die belgische Gesetzgebung, wie wir gesehen haben (oben S. 350ff.), auf Grund der günstigen Erfahrungen, die von vornherein gemacht worden waren, eine ausdehnende Anwendung vom Postprotest gemacht.

Nicht der mindeste Grund liegt zu der Annahme vor, daß das, was die belgische Post geleistet hat, der deutschen Post Schwierigkeiten machen würde. Unsere Einrichtungen, unsere Beamten werden gleich gut funktionieren. Auch hatte sich seinerzeit die Postverwaltung nach eingehenden Untersuchungen bereit erklärt, diesen neuen Geschäftszweig zu übernehmen. Bedenken etwa, daß hierdurch die Post ihren eigentlichen Aufgaben entfremdet werden würde, führt Fischer — gewiß eine der zuständigsten Autoritäten für diese Frage — auf eine nicht zutreffende Anschauung von dem Berufe der Post zurück. Die Post ist niemals ein „bloßes Beförderungsinstitut" gewesen. Sie war vielmehr jederzeit ein erheblicher Träger des Güter- und des Geldverkehrs, wie dies beispielsweise durch das Postanweisungsverfahren und die Einziehung

[1] Fischer a. a. O. S. 552.

von Geldern mittels der Postaufträge belegt wird. Die neue Tätigkeit stellt nur ein Fortschreiten auf schon begangener Bahn dar. Die deutsche Post wird auch bei dem überallhin verbreiteten Netz ihrer Anstalten zweifellos imstande sein, „der neuen Aufgabe zum Besten des Verkehrs ohne Vernachlässigung ihrer sonstigen Pflichten zu genügen“.

Freilich hat sich die Postverwaltung in der Reichstagskommission[1] gegen die Übernahme einer Haftpflicht für ihre Beamten ablehnend verhalten. Die Übernahme einer vollständigen Haftpflicht seitens des Staates bzw. der Postverwaltung ist aber eine unerläßliche Vorbedingung. Dies ist auch von fast allen Handelskammern, welche die Einführung des Postprotestes befürworteten, verlangt worden. Der Haftpflicht stehen nach meinem Dafürhalten schwerwiegende finanzielle Bedenken für die Postverwaltung nicht entgegen. Kann doch sicherlich bei der Einfachheit des Verfahrens und der Zuverlässigkeit und Pünktlichkeit der Beamten auf günstige Ergebnisse gerechnet werden. Zudem würden die Gesamteinnahmen erheblich genug sein, so daß ein Verlust im Einzelfalle dagegen nicht aufkäme. Dem Wechselgläubiger aber kann nie und nimmer zugemutet werden, sich bei etwaigen Versehen nur an den einzelnen Postbeamten zu halten. Auch Belgien hat die Haftpflicht der Postverwaltung anstandslos eingeführt.

γ) Im allgemein-wirtschaftlichen Interesse und in dem eines gesunden Kreditwesens liegt gleichfalls die Einführung des Postprotestes. Dies ist an anderer Stelle (S. 353 ff.) eingehend dargelegt, und namentlich auch der günstige wirtschaftliche Einfluß geschildert worden, den der Postprotest für die Entwicklung des Wechselverkehrs auf Nebenplätzen gewinnen werde.

δ) Die Postbeamten sind auch durchaus geeignet für die Übernahme dieser Aufgabe. Man hat es bezweifelt. Man hat (so Bernstein a. a. O. S. 433) die niederen Postbeamten im Hinblick auf ihre Vorbildung und vielfach auch im Hinblick auf die Hast ihres Dienstes als Urkundspersonen nicht für besonders geeignet gehalten. Man übersieht aber die für die Regel ganz einfache Sachlage beim Protestieren. Durch das klare Formular wird der Beamte ausreichend unterstützt. Überdies ist es derselbe Beamte, der noch für weit erheblichere und weit schwierigere Akte, nämlich das gerichtliche Zustellungswesen, im Deutschen Reich mitberufen ist, und der sich

[1] Vgl. oben S. 360; übereinstimmend Fischer, S. 564.

dieser Aufgabe im großen und ganzen gewachsen zeigt. In Belgien waren die Erfahrungen so ausgezeichnete, daß dort der Kreis der Beamten aus der Post immer weiter und weiter gezogen wurde. Während ursprünglich die Vornahme des Aktes den Postamtsvorstehern (percepteurs) selbst übertragen, und ihre Vertretung durch Unterbeamte (commis et surnuméraires) sowie Briefträger nur auf Grund spezieller Ermächtigung durch die Verwaltung oder in Verhinderungsfällen zugelassen war, stellt sich das Verfahren jetzt umgekehrt dahin, „daß alle mit königlicher oder ministerieller Bestallung versehene großjährige Beamte zur Protesterhebung für befähigt erklärt sind, und allgemein zugelassen ist, daß die Postamtsvorsteher diese Geschäfte entweder einem nachgeordneten Beamten oder den Briefträgern übertragen können. In Landgemeinden wird die Protesterhebung durch den Landbriefträger während seines regelmäßigen Umganges bewirkt“[1]. Auch weiblichen Postbeamten — ist doch die Frau für den „Wechsel“ geschaffen — sind seit dem Gesetze von 1879 die Hallen des Protestes geöffnet.

Das Formular wird in den Regelfällen ausreichen. Genaueres gehört in die Dienstvorschriften[2], insbesondere für irreguläre und schwierigere Fälle, z. B. den Interventionsprotest, Vorlegung an Notadressaten usw.

ε) Der fast einstimmige Wunsch der Handels- und industriellen Kreise auf Einführung des Postprotestes ist schließlich auch ein erheblicher Appell an unsere Gesetzgebungsgewalten, endlich mindestens diesen Schritt zu einer Reform des Protestes zu machen. In der neueren deutschen Literatur hat der Postprotest, während Bernstein ihn verwirft, in der bereits mehrfach erwähnten Schrift von Leist (S. 168) wenigstens unter der Voraussetzung Beifall gefunden, daß er auf die sog. kleinen Wechsel (bis 150 Mark) beschränkt werde. Leist glaubt die Frage, ob der Gedanke des Postprotestes ohne Gefahr für die Sicherheit des Wechselverkehrs verwirklicht werden könne, nur für kleine Wechsel bejahen zu können. Ohne sachliche Rechtfertigung. Denn es ist nicht einzusehen, warum bei „kleinen“ Wechseln die komplizierten Fälle seltener sein sollten, als bei großen Wechseln, wie dies Leist ins Treffen führt. Der kleine und der große Wechsel sind recht-

[1] Vgl. Fischer, S. 551.
[2] Die eingehenden Verordnungen Belgiens sind oben S. 351 erwähnt.

lich nicht unterschieden; facies omnibus eadem. Im Gegenteil spricht die Vermutung dafür, daß bei großen Wechseln die komplizierten Fälle seltener sind, weil diese Wechsel von Personen, die mit dem Wechselverkehr vertrauter sind, ausgestellt zu werden pflegen. Der Briefträger ist zur Aufnahme des Protestes gleich befähigt, ob er nun in das Formular hineinschreibt, daß der Wechsel über 1000 Mark oder über 100 Mark lautet. Außerdem ist bei der geforderten Übernahme der Haftpflicht durch den Staat die ganze Unterscheidung auch deswegen hinfällig, weil für etwaige Versehen des Beamten die Post dem Wechselgläubiger einsteht.

Auf weitere Reformen, beispielsweise hinsichtlich der Protesthandlung und des Protestregisters, an dieser Stelle einzugehen, verbietet sich aus mehrfachen Gründen. Vor allem kam es darauf an, auf die am meisten eiternden Krebsschäden hinzuweisen und radikale Vorschläge zur Gesundung zu machen. Über andere Mißstände sind auch von den verschiedensten Seiten bereits beachtenswerte Vorschläge gemacht. Reformen wegen der Befugnis zur Entgegennahme der Wechselleistung, wegen der Entbehrlichkeit der persönlichen Nachfrage bei der Ortspolizei, wegen der Proteststunden, wegen des Einflusses der höheren Gewalt und wegen mancher anderen Fragen sind angeregt. Die Kernfrage bleibt aber die Beseitigung des Protestes überhaupt. Auf alle Fälle: weg mit dem Notariatsproteste! Ihn mögen die Freunde merkwürdiger Kuriositäten empfehlen. Sie mögen aber auch in ihrer Vorliebe für altertümliche Formen empfehlen, daß der Notar, wie dies bis zur Mitte des vorigen Jahrhunderts in fast allen Ländern vorgeschrieben war, noch unter Zuziehung von zwei Zeugen beim Wechselschuldner erscheinen müsse. So wird denn in solennster Weise festgestellt werden, daß der Wechsel nicht bezahlt ist, — eine Tatsache, die schon dadurch bekannt ist, daß der Gläubiger eben den Wechsel hat. Montesquieu erklärt für die caractères essentiels de la lettre de change: la célérité et la certitude du payement à l'époque convenue. Diese Wesenseigentümlichkeiten müssen dem Wechsel erhalten bleiben. Der Protest in seiner jetzigen Gestalt aber beeinträchtigt diese notwendigen Vorzüge, statt sie zu fördern. Auch ohne ihn — dies ist unsere feste Überzeugung — werden sie dem Wechsel erhalten bleiben.



BETRACHTUNGEN ÜBER BILANZEN UND GESCHÄFTSBERICHTE DER AKTIENGESELLSCHAFTEN AUS ANLASS NEUERER VORGÄNGE.



Von Dr. HERMAN VEIT SIMON,

JUSTIZRAT IN BERLIN.



Als im Jahre 1586 der Benediktinermönch Angelo Pietra sein in erster Reihe für den Gebrauch der Klöster bestimmtes Werk über die Doppelbuchhaltung veröffentlichte, setzte er bereits mit einem Inventar ein, das durch Fortlassung des Werts der Liegenschaften und wohl auch durch die angesetzten Werte der beweglichen Sachen den Vermögensstand verschleiern sollte[1]; die gleiche Verschleierung findet sich dann bei dem Schlußinventar und in den Bilanzen.

Man sieht: der Versuch, durch Bilanzen eine Verschleierung des Vermögensstands herbeizuführen, geht nun schon in das vierte Jahrhundert und ist nicht gar viel jünger, als die Doppelbuchhaltung.

Und doch gewann diese gerade um jene Zeit einen solchen Einfluß, daß Simon Stevin den Versuch machen konnte, auch das kameralistische Rechnungswesen auf der Grundlage der doppelten Buchführung auszubauen[2]. Und doch nannte Goethe in Wilhelm Meisters Lehrjahren die doppelte Buchhaltung, deren Krönung die Bilanz inzwischen geworden war, eine der schönsten Erfindungen des menschlichen Geistes. Und doch war der Ausgangspunkt der meisten gesetzgeberischen Besserungsversuche auf dem Gebiete des Aktienwesens während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts der Ausbau des Bilanzwesens.

In den letzten Jahren ist das Wirtschaftsleben in Deutschland durch den Zusammenbruch einiger Aktiengesellschaften erregt worden. In den meisten Fällen[3] mußte festgestellt wer-

---

[1] Jäger, Beiträge zur Geschichte der Doppelbuchhaltung (1874) S. 111 f.

[2] In seinen Hypomnemata mathematica Bd. II (Leyden 1605).

[3] Besondere Hinweise auf einzelne Geschehnisse der letzten Jahre erfolgen nur, soweit nach Kenntnis des Verfassers Prozesse hierüber nicht mehr schweben.

den, daß der Verfall mehr oder minder lange Zeit durch Aufstellung unrichtiger Bilanzen vertuscht worden war. In einzelnen Fällen war bereits die Gründung der Gesellschaft auf betrüglicher Grundlage erfolgt und der Fluch der bösen Tat hatte dann die Schuldigen gezwungen, zur Aufrechthaltung des Truggebäudes falsche Bilanzen zu machen. Meist aber wird angenommen werden können, daß die Geschäftsleiter zunächst leichtfertig unglückliche Geschäfte für die Gesellschaft unternahmen, deren Mißerfolge sie sich und der Öffentlichkeit nicht eingestehen wollten, und daß sie so allmählich immer tiefer in unlautere Machenschaften zur Verdeckung des Vermögensstandes hineingezogen wurden.

Auch die Art dieser Verdeckung gestaltet sich verschieden. Wir finden plumpe Fälschungen — so, wenn im Falle Terlinden Aktien zweimal ausgegeben oder Schulden anerkannt, aber nicht gebucht werden. Nicht viel höher stehen z. B. die Vorkommnisse bei der Preußischen Hypotheken-Aktienbank, wenn ausweislich des Berichts der Revisionskommission vom 26. Dezember 1900 dreiundzwanzig Millionen Mark unzweifelhafte Schulden ausgelassen wurden. Besonderes Aufsehen in der Öffentlichkeit aber machte es, daß im Leipziger Bankprozeß nach Mitteilung des Verteidigers von Gordon die Buchführung schließlich allseitig als eine durchaus korrekte anerkannt wurde[1] und doch ein Schuldspruch wegen Verschleierung des Standes der Gesellschaftsverhältnisse, ja sogar wegen betrügerischen Bankerutts ergehen konnte.

Andererseits sind Strafurteile ergangen, in denen Mitglieder der Verwaltung zu Strafen verurteilt wurden wegen Handlungen, bei denen sie — wie die Gerichte feststellten — ausschließlich das Wohl der Gesellschaft im Auge hatten.

Diese Umstände lassen es angezeigt erscheinen, in eine Prüfung der Frage einzutreten, ob und inwieweit unser Bilanzwesen die Voraussetzungen erfüllt, an welche die zu seinem Schutze gegebenen strafrechtlichen Bestimmungen anknüpfen, und welche Besserungen hier in die Wege zu leiten sind. Eine erschöpfende Erörterung aller neueren Erfahrungen über Bilanzen und Geschäftsberichte wird dabei nicht beabsichtigt.

[1] von Gordon in der Deutschen Juristen-Zeitung 1902 S. 381.

I.

Nach § 39 des Handelsgesetzbuchs soll der Kaufmann bei dem Beginn des Handelsgewerbes seine Grundstücke, seine Forderungen und Schulden, den Betrag seines baren Geldes und seine sonstigen Vermögensgegenstände genau verzeichnen und überall den Wert der Vermögensgegenstände angeben. Das ist sein Inventar.

Er soll ferner durch Zusammenfassung der gleichartigen Posten und durch Gruppierung derselben einen das Verhältnis des Vermögens und der Schulden darstellenden Abschluß machen. Das ist seine Bilanz.

In gleicher Weise soll er dann jährlich auf den Schluß des Geschäftsjahrs Inventur und Bilanz errichten.

Weder Inventur noch Bilanz darf der Kaufmann aber willkürlich nach einer ihm etwa gut dünkenden Methode formen[1]. Beide sind Teile der Buchführung[2]. Und obwohl auch das neue HGB. eine bestimmte Art der Buchführung nicht vorschreibt, so hat es doch mit vollem Bedacht neu die Bestimmung aufgenommen, daß der Kaufmann verpflichtet ist, in seinen Handelsbüchern (also auch im Bilanzbuch) seine Handelsgeschäfte nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung ersichtlich zu machen (§ 38). Durch den in dem bisherigen Art. 28 nicht enthaltenen Hinweis auf die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung wird der wesentliche Punkt hervorgehoben: nach den Grundsätzen sorgfältiger Kaufleute ist zu beurteilen, wie die Bücher geführt werden müssen[3].

Die kaufmännische Buchführung ist vom Gesetzgeber nicht geschaffen; er hat ein an kaufmännische Sitte anknüpfendes und auf ihr ruhendes Gewohnheitsrecht vorgefunden. An dieser kaufmännischen Sitte zu ändern, hat man schon auf den Nürnberger Konferenzen nicht beabsichtigt[4]; aber erst im neuen HGB. hat der Gedanke seine treffliche gesetzliche Fassung gefunden.

Wie also der Gesetzgeber den Kaufmann auf diese Art in die wohlbekannten Geleise der ordnungsmäßigen Buchführung zwängt, so will er ihm andererseits keine neuen Verpflich-

[1] Vgl. Entsch. des RG. in Strafs. XXV S. 37.
[2] Entsch. des RG. in Strafs. XIII S. 354.
[3] Denkschrift zum HGB. (Reichstagsvorlage), Guttentagsche Ausgabe S. 48. Ähnlich schon, speziell bez. der Bilanz: § 566 II 8 ALR.
[4] Nürnberger Protokolle I S. 44.

tungen auferlegen, die über die kaufmännische Sitte hinausgehen. Würde jemand sonach z. B. zu der Annahme gelangen, daß eine den überlieferten Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchhaltung entsprechende Bilanz die Lage des Vermögens nicht ersichtlich macht, so würde diese Ansicht, selbst wenn sie richtig wäre, weder zivilrechtlich noch strafrechtlich berücksichtigt werden dürfen.

Für die Aktiengesellschaften gelten gemäß §§ 6, 210, 239 dieselben Grundsätze; nur sind sie, da eine Gewinn- und Verlustrechnung vorgeschrieben ist (§ 260 HGB.) und diese nur bei der doppelten Buchhaltung vorkommt, zu dieser verpflichtet[1], und das Gesetz enthält überdies im § 261 HGB. einige Sondervorschriften.

Also auch die Aktiengesellschaften können und müssen in ihren Büchern und Bilanzen lediglich den überlieferten Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchhaltung folgen.

II.

Dies tun sie denn auch, und infolgedessen kommt es, daß nicht etwa — wie meist angenommen wird — alle Rechte und Verbindlichkeiten in der Bilanz aufgeführt werden, sondern nur diejenigen, die nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung dort verzeichnet zu werden pflegen.

Die ordnungsmäßige Buchführung erfordert eben eine Aufführung aller Rechte und Verbindlichkeiten nicht.

Um diese Tatsache, welche auf den ersten Blick befremdlich erscheinen mag, richtig zu beleuchten, muß man die geschichtliche Entstehung und den Aufbau der Bilanz berücksichtigen.

Im 15. Jahrhundert gewann die doppelte Buchführung zwar im wesentlichen diejenigen Formen, die sie noch heute aufweist. Aber es fehlte noch der organische Zusammenhang zwischen Inventur und Bilanz. Die Bilanz wurde — abgesehen von einzelnen großen Handelsherren — nicht jährlich gezogen. Nur wenn die Bücher vollgeschrieben waren und infolgedessen neue Bücher eingerichtet werden mußten, wurde

---

[1] Simon, Bilanzen der Aktiengesellschaften 3. Aufl. S. 74; anders Vivante, Diritto commerciale 3. Aufl. I Nr. 160 Anm. 22 für den Art. 22 Abs. 2 des ital. HGB., das für alle Kaufleute die Gewinn- und Verlustrechnung vorschreibt.

eine Bilanz gemacht, welche die Überführung der Konten auf die neuen Bücher ermöglichte[1].

Die Bilanz hatte somit grundsätzlich nur eine formale, technische Bedeutung. Nicht materielle Wahrheit über den Vermögensstand sollte erreicht, sondern in sinnreicher Weise ein Mittel gefunden werden, um für die weiteren Rechnungen die alten Bücher vollständig schließen und zugleich durch die erreichte „Balancierung" aller Konten die Richtigkeit und Vollständigkeit des bisherigen Rechnungswerks festzustellen.

Es ist bezeichnend, daß ein hervorragender älterer deutscher Schriftsteller das Bilanzkonto der Italiener lediglich überschrieb: „Zubeschließen diss Buch"[2] und durch diese Verdeutschung des Wortes „Bilanz" das Wesen derselben getroffen zu haben glaubte und auch getroffen hat.

Erst im 17. Jahrhundert hat sich namentlich in Frankreich unter dem Einfluß des älteren Savary die organische Verbindung von Inventur und Bilanzen entwickelt — aber noch bis in das 19. Jahrhundert hat man die Aktiven dabei nicht neu bewertet, sondern es bei ihrem Buchwerte belassen[3].

Wie vollzieht sich nun gegenwärtig tatsächlich die Aufmachung der Inventur und der Bilanz einer Aktiengesellschaft?

Zunächst werden die Gegenstände festgestellt, die zu berücksichtigen sind.

Forderungen und Schulden ergeben sich durch den Abschluß der einzelnen Personenkonten, also rein buchmäßig[4]. Was der Kaufmann wirtschaftlich als „Forderungen" und „Schulden" ansieht, findet sich hier, ohne daß es auf abweichende Rechtsanschauungen ankommt.

Sachen (§ 90 BGB.) sind, soweit es sich um bewegliche handelt, durch Bestandaufnahme festzustellen. Hierher gehören außer Waren auch Wechsel und sonstige Wertpapiere. Das

---

[1] So vor allem Luca Pacioli in seinem in der Summa de Arithmetica, Geometria, Proportioni & Proportionalità (1494) sich findenden Tractatus de computis et scripturis dist. IX tract XI, insbes. cap. XXXII, XXXVI. Il bilancio ebbe in quei tempi un ufficio meramente computistico. Vivante a. a. O. No. 162.

[2] Wolfgang Schweicker, Zwifach Buchhalten sampt seinem Giornal 1549 — abgedruckt bei Kheil, Über einige ältere Bearbeitungen des Buchhaltungstraktates von Luca Pacioli (1896) S. 118ff.

[3] Nähere Nachweise bei Simon, Bilanzen S. 33ff.

[4] Vgl. auch Lehmann-Ring, HGB. § 39 Nr. 2, Makower, HGB. § 261 I. Zu beachten ist, daß § 39 HGB. von Forderungen und Schulden, nicht von Rechten und Verbindlichkeiten spricht. Der Begriff der ersteren ist enger und überhaupt kein gleichmäßiger.

Ergebnis der Aufnahme wird mit den Büchern verglichen; das Mehr oder Weniger muß aufgeklärt, gegebenenfalls müssen die unaufgeklärten Unterschiede zwischen dem Istbestand und dem buchmäßigen Sollbestand auf Gewinn oder Verlust verrechnet werden.

Über die unbeweglichen Sachen muß wiederum das Hauptbuch Aufschluß geben. Der sorgfältige Kaufmann wird sich in Zweifelsfällen vergewissern, ob die Rechtstitel in Ordnung sind, und auf diese Weise die Richtigkeit der Sachkonten nachprüfen — aber eine von den Büchern unabhängige Feststellung, wie dies bei beweglichen Sachen geschehen muß, ist nach der Natur der Sache hier ausgeschlossen. Das gleiche gilt bei Rechten (Patentrechte, Konzessionen u. dgl.), sowie bei wirtschaftlichen Gütern, die etwa zulässigerweise als Aktiven eingerechnet werden.

Das Ergebnis ist also:

Bei der Inventur werden nur die beweglichen Sachen durch Nachzählung, Nachwiegung u. dgl. festgestellt, und es findet dann eine Nachprüfung auf Grund der Bücher statt. Bei allen anderen Posten — Forderungen, Schulden, unbeweglichen Sachen, Rechten, wirtschaftlichen Gütern — findet die Inventur lediglich auf Grund der Bücher statt, und es wird — erforderlichenfalls nach geschehener Nachprüfung — dasjenige berücksichtigt, was auf Grund ordnungsmäßiger Buchführung sich als der Saldobetrag der Forderungen, Schulden, Rechte usw. ergibt.

Darauf folgt die Bewertung für die Inventur und sodann die Zusammenfassung der Ergebnisse des Inventars durch die Bilanz.

Forderungen, Schulden, Rechte usw. finden sich daher auch in der Bilanz *nur* insoweit, als sie nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchhaltung im Hauptbuch enthalten waren.

III.

Es fragt sich daher: welche Rechte und Verbindlichkeiten sind denn bei ordnungsmäßiger Buchführung im Hauptbuch enthalten?[1]

Aller kaufmännische Gewerbebetrieb beruht auf dem Grundsatz: do ut des oder do ut facias oder facio ut des oder

[1] Vgl. zum folgenden: Simon, Bilanzen S. 173ff.

facio ut facias. Jede Leistung muß eine Gegenleistung haben. Auf dieser Tatsache — der von Goldschmidt sogenannten Idee der Äquivalente[1] — beruht die doppelte Buchhaltung.

Diese will nicht alle Rechtsgeschäfte des Kaufmanns, sondern nur die tatsächlichen Änderungen des Vermögensbestandes aufnehmen. Demgemäß erfolgt in das Memorial und ebenmäßig in das Hauptbuch nur die Eintragung dieser sog. Geschäftsvorfälle. So wird namentlich der Abschluß eines Kaufgeschäfts zwar in Hilfsbüchern notiert: eine Buchung wird aber erst dann vorgenommen, wenn die Ware geliefert oder der Preis gezahlt wird[2]. Ein gegenseitiger Vertrag, der nicht von einer Seite erfüllt ist, bleibt der Buchführung fern; nur wenn eine der Parteien geleistet hat, tritt die Buchführung in Tätigkeit.

Dies geschieht nicht etwa gegen das Gesetz — vielmehr war man sich dieser Grenzen des Buchhaltungssystems völlig bewußt und hat sie gerade durch die Bezugnahme auf die „ordnungsmäßige Buchführung" vor Mißdeutungen der früheren Gesetzesfassung schützen wollen. Es heißt in der Denkschrift zum HGB:[3]

> In den Handelsbüchern werden nicht, wie die Fassung des Art. 28 anscheinend forderte, die Geschäftsabschlüsse als solche, sondern nur die infolge der Geschäfte eintretenden Vermögensveränderungen ersichtlich gemacht; die Bezugnahme auf die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung wahrt den richtigen Sinn der Vorschrift.

Daraus ergibt sich — um einige der wichtigsten Fälle herauszugreifen:

1. Bei Lieferungsgeschäften oder Zeitgeschäften in Waren oder Wertpapieren findet sich zunächst keine Buchung im Memorial oder Hauptbuch. Hat jemand also 100000 Mark Deutsche Reichsanleihe im November 1902 auf Ende April 1903 gekauft und macht er Ende 1902 Bilanz, so findet er aus diesem Geschäft im Hauptbuch keinen Posten, den er in die Bilanz einstellen könnte. Hierher gehören auch Reportgeschäfte. Hat eine Bank die auf Ende Dezember 1902 gekauften

[1] Goldschmidt, System des Handelsrechts 4. Aufl. S. 108.
[2] Entsch. des Ob.-Trib. V S. 389ff.; Staub, HGB. § 40 Anm. 8; Reisch und Kreibig, Bilanz und Steuer (1900) I S. 25.
[3] S. 48.

100000 Mark Reichsanleihe auf ultimo Februar reportiert, so ist das Dezembergeschäft abgewickelt[1], und es bleibt nur das im Hauptbuch am 31. Dezember 1902 noch nicht zur Erscheinung kommende Februargeschäft übrig.

2. Mietet die Gesellschaft ein Grundstück, so findet eine Buchung nicht statt. Der Gegenwert, den der Vermieter zu leisten hat, nämlich die Gewährung der Nutzung der gemieteten Sache, ist ein sich von Tag zu Tag erneuernder. Da üblicherweise in kurzen Zielen, meist vierteljährlich, der Mietzins gezahlt wird, so findet die Buchung für und wider regelmäßig an den Fälligkeitstagen statt; jedenfalls wird der Vermieter am Ende des Jahres nur als Gläubiger für die bis dahin abgelaufene Mietzeit angesehen.

3. Schließt die Gesellschaft einen Dienstvertrag, so wird das Konto des Angestellten nicht etwa sofort für seine sämtlichen für die Vertragsdauer versprochenen Dienstbezüge erkannt, sondern es werden ihm die einzelnen Beträge erst bei der Fälligkeit oder bei Ablauf des Jahres für die bisherige Dienstzeit gutgeschrieben.

4. Verkauft die Gesellschaft Waren und erhält sie dagegen den Kaufpreis, so ist für die doppelte Buchhaltung das Geschäft abgewickelt. Dabei liegt dem Verkäufer zunächst zum mindesten die gesetzliche Gewährleistungspflicht ob. Das gleiche gilt hinsichtlich der Haftung für den Rechtsbestand der Forderungen bei deren Abtretung.

5. Verkauft die Gesellschaft Wechsel (was bei Inlandwechseln Rediskontierung genannt zu werden pflegt), so bleibt die Gesellschaft allen späteren Erwerbern der Wechsel aus dem Indossament verhaftet; trotzdem geht diese Haftung aus keiner Buchung hervor, weil der Wechsel wie eine Ware gebucht wird.

Schon diese wenigen Beispiele zeigen, wie große und wichtige Verbindlichkeiten — aber auch unter Umständen Rechte — aus dem Hauptbuch nicht hervorgehen. Da aber — wie bereits erwähnt — die Salden der Hauptbuchkonten die Grundlage für die Inventur der „Schulden“ bilden, so zeigt dies, daß auch in der Inventur und ebenmäßig in der Bilanz gewichtige Verbindlichkeiten nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung nicht vorkommen.

---

[1] Vgl. Entsch. des RG. vom 29. Januar 1902 (Jur. Wochenschr. 1902 S. 189).

So wird es gekommen sein, daß in dem Leipziger Bankprozeß die Sachverständigen erklärten, daß die Bücher ordnungsmäßig geführt waren, trotzdem sich z. B. das riesige Obligo aus den von der Aktiengesellschaft für Trebertrocknung gegebenen und von der Leipziger Bank weiterdiskontierten Wechseln im Hauptbuch nicht vorfand.

Wie ist es erklärlich, daß man sich unter solchen Umständen bei den gegenwärtigen verwickelten Verkehrsverhältnissen im Kaufmannsstande bei der herkömmlichen Buchführung genügen lassen konnte?

Bei einem zweiseitigen Geschäft ist der Wert der beiderseitigen Leistungen präsumtiv gleich. Der Mietswert des gemieteten Geschäftslokals wird regelmäßig ebenso groß sein wie der Mietzins. Wollte man die Verpflichtung zur Zahlung des Mietzinses in die Passiva setzen, so müßte man hiergegen den Wert des Mietsrechts in die Aktiva bringen. Das wäre regelmäßig zwecklos.

Der Haftung aus weitergirierten Wechseln steht ein Regreßanspruch gegen die Vormänner gegenüber. Würde man jene Haftung als Passivum einsetzen, so würde dagegen der Regreßanspruch als Aktivum zu behandeln sein. Beide sind dem Betrage nach gleich. Durch Einstellung desselben Betrags in die Aktiv- und in die Passivseite würde der Jahresgewinn oder der Jahresverlust regelmäßig nicht beeinflußt werden.

Dem ist aber nur dann so, wenn die Wechselvormänner derart zahlungsfähig sind, daß mit Sicherheit auf die Einlösung der Wechsel im Regreßfalle gerechnet werden kann. Soweit diese Voraussetzung nicht zutrifft und mit der Möglichkeit eines Verlustes bei den Regressen aus weitergirierten Wechseln gerechnet werden muß, würde die Nichtberücksichtigung solcher Giroverpflichtungen zu einer im Endergebnis falschen Angabe über den Wert des Vermögens führen.

Deshalb müssen Inventur und Bilanz, nachdem die Aktiv- und Passivposten in Gemäßheit der obigen Darstellung festgestellt sind und ihr Wert eingesetzt ist, noch in einem wichtigen Punkte nachgeprüft werden.

Man muß nämlich feststellen, ob die Gesellschaft Rechtsgeschäfte abgeschlossen hat, welche in den Salden der Hauptbücher nicht berücksichtigt sind, aus denen ihr aber mit mehr oder minder Wahrscheinlichkeit Verluste drohen oder bedingte Verpflichtungen erwachsen sind,

denen gleichwertige Gegenansprüche nicht gegenüberstehen. Der wahrscheinliche Wert dieser Verbindlichkeiten ist als Passivum einzusetzen.[1]

Hat z. B. eine Bank eine Million Mark Wechsel weiterdiskontiert, muß sie aber mit der Möglichkeit eines Verlustes von 50000 Mark rechnen, so muß sie diese Verbindlichkeit, soweit ihr eine gleichwertige Gegenforderung nicht gegenübersteht, als Passivum einstellen. Wohlgemerkt: es handelt sich dabei nicht um die Bewertung eines Bilanzpostens: denn dies Obligo aus weitergirierten Wechseln selbst findet sich überhaupt nicht in der Bilanz. Vielmehr wird hier völlig selbständig eine Verbindlichkeit in die Passiven gesetzt — indessen nicht mit ihrem Nennbetrage, sondern mit demjenigen Betrage, der die Bank aus der Verbindlichkeit schätzungsweise treffen wird.

Gegen diese Grundsätze ist in allen dem Verfasser bekannt gewordenen Fällen gefehlt worden, welche zu Bilanzprozessen neuerlich geführt haben. In dem bereits erwähnten Falle der Leipziger Bank belief sich das Obligo aus den sog. Treberwechseln auf viele Millionen. Das dem Verfasser zur Verfügung gestellte Urkundenmaterial ergibt, daß die Direktoren der Leipziger Bank der Gefahren der Lage seit langer Zeit sich bewußt waren. Sie konnten daher auch nicht mit einiger Sicherheit darauf rechnen, daß die weitergegebenen sog. Treberwechsel von den Vormännern prompt eingelöst werden würden. Sie mußten daher bei ihren Bilanzen, um das Vermögen wenigstens im Endergebnis richtig darzustellen[2], die mutmaßlichen Verluste in die Passivseite setzen. Sie haben, indem sie dies nicht taten, nicht nur gegen § 214 HGB. gefehlt[3], sondern sie haben, da die Bilanz ein Teil der Bücher ist, auch die Bücher wissentlich unrichtig geführt.

---

[1] Es sind das diejenigen Passivposten, welche vielfach zu Unrecht (unechte) Reserven genannt werden, in Wirklichkeit geschätzte Schuldverbindlichkeiten darstellen und in Steuersachen viele Weiterungen verursachen, vgl. Fuisting, Einkommensteuergesetz 4. Aufl. S. 202, Maatz, Die kaufmännische Bilanz und das steuerbare Einkommen S. 215. Die Berücksichtigung möglicher Gewinne fällt bei Aktiengesellschaften schon wegen § 261 Z. 1 und 2 HGB. fort, wonach nicht realisierte Gewinne für die Bilanz außer Betracht bleiben müssen. — Vgl. zum folgenden Simon-Bilanzen S. 180f.

[2] Dies will das RG. (Entsch. in Strafs. XXI S. 172) noch nicht einmal für ausreichend ansehen.

[3] Vgl. Entsch. des RG. in Strafs. XIV S. 80ff.

Sollte daher in dem obenerwähnten Bericht über den Leipziger Prozeß nicht ein Mißverständnis obwalten, so muß vom Standpunkt ordnungsmäßiger Buchführung und daher (§ 38 Abs. 1 HGB.) auch vom Standpunkt des Gesetzes gegen die Annahme Verwahrung eingelegt werden, daß eine Buchführung, die wahrscheinliche Verluste nicht berücksichtigt, noch als eine ordnungsmäßige bezeichnet werden kann. Wäre jene Annahme richtig, so würde unser Bilanzwesen in der Richtung des Vermögensnachweises keinen Schuß Pulver wert sein.

Wenn daher die Vorstände von Aktiengesellschaften Wechseldiskontierungen, Reportgeschäfte, Verkäufe mit Garantieübernahme u. dgl. zwecks Abschiebung zweifelhafter Aktiven aus dem Bereich des Buchungswesens vornahmen — alles Dinge, die in verschiedenen Strafprozessen festgestellt sind —, so täuschten sie sich über ihre Pflichten[1]. Denn sie mußten nunmehr die möglichen Verluste aus diesen Verschleierungsgeschäften in die Passivseite einsetzen und wären daher, wenn sie dieser ihrer Pflicht nachgekommen wären, von ihrem Standpunkt betrachtet aus dem Regen in die Traufe gekommen.

Eine Beunruhigung nach der Richtung hin, daß eine nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung aufgestellte Bilanz das Reinvermögen in seiner Endziffer falsch darstellen könnte, ist somit unbegründet.

IV.

Aber eine andere Frage ist es, ob der gegenwärtige Zustand als ein nach jeder Richtung hin vollkommener angesehen werden kann.

Setzt eine Bank den von ihrer Verwaltung als wahrscheinlich erachteten Verlust aus dem Giroobligo in die Passivseite, so gibt sie hierdurch zwar — die Richtigkeit der Schätzung vorausgesetzt — eine zutreffende Endziffer des Reinvermögens — aber der Umfang der Verpflichtungen ist naturgemäß in diesem Falle aus der Bilanz nicht zu ersehen. Die Leipziger Bank hatte allein bei einigen sächsischen Instituten fast 30 Millionen Mark Giroverpflichtungen, die als solche nach den geltenden Grundsätzen der Buchführung in der Bilanz nicht zur Erscheinung zu kommen brauchten und auch in den Geschäftsberichten nicht

[1] Aus den in Strafakten sich findenden Briefen konnte wiederholt festgestellt werden, daß bei Vornahme solcher Abschiebungen Mittel gesucht wurden, „um später dem Vorwurf der Verschleierung aus § 214 HGB. entgegentreten zu können."

erwähnt wurden. Es ist doch zum mindesten denkbar, daß, wenn die Leipziger Bank diese Geschäfte früher der Öffentlichkeit übergeben mußte, das Publikum rechtzeitig stutzig geworden wäre; vielleicht hätte die Bank diese Geschäfte dann auch unterlassen, weil sie befürchten mußte, bei Bekanntgabe des Umfangs der durch Rediskontierung eingegangenen Verbindlichkeiten ihren Kredit und ihre Depositen zu verlieren.

Es erscheint daher angezeigt, die hauptsächlichsten Fälle zu betrachten, in denen kaufmännische Verbindlichkeiten ihrem Umfange nach aus dem Hauptbuch und aus der Bilanz nicht hervorgehen, und in Erwägung zu ziehen, inwieweit hier die bessernde Hand angelegt werden sollte.

1. Was zunächst die *Wechselverbindlichkeiten* anbetrifft, so finden wir bei allen Banken Akzeptkonten. Die Kunden, für deren Rechnung akzeptiert wird, sind dafür belastet. Auch die sog. Gefälligkeitswechsel dürfen in den Bilanzpassiven nicht fehlen[1].

Auch hier liegen Wechselverbindlichkeiten vor, denen ein Deckungspflichtiger gegenübersteht. Der Umstand, daß ein anderer zur Deckung des Wechsels verpflichtet ist, kann daher allein keinen Grund abgeben, die Verpflichtungen aus den weiterbegebenen Wechseln in den Bilanzen nicht aufzuführen.

Der letzte Grund für diese Erscheinung ist vielmehr lediglich ein buchtechnischer: ein weiterbegebener Wechsel wird wie eine verkaufte Ware behandelt — mit der Begebung verschwindet er aus dem Hauptbuch.

Als ein Mißstand ist dies schon vielfach empfunden worden.

Der Entwurf zum belgischen Aktiengesetz von 1873 wollte den Aktiengesellschaften die Pflicht zur Einstellung der „endossements sur traites négociées“ auflegen, der Antrag wurde aber verworfen[2].

Als das Bankgesetz vom 14. März 1875 zur Beratung stand, beantragten die Ältesten der Berliner Kaufmannschaft, den Notenbanken das gewerbsmäßige Weiterdiskontieren von Wechseln überhaupt zu verbieten. Dieser Antrag wurde in der Reichstagskommission abgelehnt. Der Bericht[3] fügt aber hinzu:

[1] Entsch. des Ob.-Trib. vom 16. Dez. 1864 in Löhrs Zentralorgan NF. II S. 77, Staub, HGB § 40 Anm. 7.

[2] Guillery, Commentaire législatif de la loi du 18 mai 1873, 1878 LXII, p. 350 ff.

[3] Drucks. des Reichstags 2. Leg. 74/75 IV Nr. 195 S. 1160.

Doch ist schon hier zu bemerken, daß, um dem Gedanken des Antragstellers gerecht zu werden, der wegen der unübersehbaren aus dem Indossament entspringenden Verbindlichkeiten überhaupt die Summe der der Bank obliegenden Verpflichtungen verdunkelt sieht, ohne Widerspruch vereinbart wurde, im weiteren Verlauf des Gesetzes an entsprechender Stelle eine Bestimmung einzuführen, dergemäß jede Notenbank bei ihren periodischen Veröffentlichungen auch den Stand der mit ihrem Indossament laufenden Wechsel zur Kenntnis des Publikums zu bringen habe.

So kam denn auf Grund Beschlusses der Reichstagskommission[1] der jetzige § 8 Abs. 2 in das Bankgesetz, wonach die Notenbanken in den vorgeschriebenen Veröffentlichungen die aus weiterbegebenen, im Inlande zahlbaren Wechseln entspringenden eventuellen Verbindlichkeiten ersichtlich zu machen haben.

Dieser Verpflichtung sind die Notenbanken denn auch nachgekommen, aber ihr Hauptbuch haben sie trotzdem nicht geändert. Vielmehr haben sie über diese Giroverbindlichkeiten besondere Register geführt. Keine der Notenbanken, deren Jahresberichte dem Verfasser erreichbar waren, hat nach Inkrafttreten des Bankgesetzes den Betrag der Giroverbindlichkeiten in den Passiven der Bilanz mit einer Endsumme ausgeworfen; vielmehr wird nur in einer Art Anmerkung zur Bilanz — merkwürdigerweise meist auf der Aktivseite[2] — der Betrag der Giroverbindlichkeiten vor der Linie angegeben, aber bei den Passivziffern nicht mitaddiert.

Es ist bezeichnend, daß vor dem Bankgesetz keine dieser Notenbanken eine solche Angabe machte. Andererseits haben alle Notenbanken, die auf das Notenprivileg verzichteten, alsbald in dem nächsten Geschäftsberichte den Betrag der Verpflichtungen aus weiterbegebenen Wechseln nicht mehr angegeben — sie müssen also diese Angabe als lästigen Zwang empfunden haben.

Dieser Standpunkt der deutschen Banken entspricht demjenigen der meisten ausländischen Aktiengesellschaften. Nur vereinzelt finden sich Angaben über den Umfang der Giroverbindlichkeiten. So enthalten die Geschäftsberichte des im Jahre 1889 verkrachten Comptoir d'Escompte in Paris für das Ende jedes Monats den Betrag der Effets en circulation avec l'endossement du Comptoir. Dies mag indessen bei der am

[1] a. a. O. S. 1161, 1183.

[2] So z. B. Bremer Bank 1876, Braunschweiger Bank 1876.

10. März 1848 im Interesse des Kredits des Gewerbestands unter Mitwirkung des Staats von den damaligen Machthabern ins Leben gerufenen Bank[1] auf einer Anordnung der Regierung beruht haben.

Von Bedeutung erscheint dagegen, daß bei den englischen Banken das Giroobligo seinem vollen Umfange nach in der Passivseite und die Gegenforderungen an die Vormänner mit dem gleichen Betrage in der Aktivseite stehen. So finden sich z. B. in den Bilanzen der Union Bank of London unter den Passiven: „Liabilities by endorsement on foreign Bills sold" und dagegen auf der Aktivseite: „Liabilities of Customers for endorsements as per contra"[2]. Wenn übrigens in den meisten englischen Bankbilanzen sich nur Giroverbindlichkeiten aus Auslandswechseln in den Passiven finden, so hat dies nach eingezogener Erkundigung seinen Grund darin, daß die englischen Banken, sofern es nicht eigentliche Diskontbanken sind, englische Wechsel überhaupt nicht weiter diskontieren. So findet sich denn z. B. bei der Union Discount Company of London seit ihrer Begründung in den Bilanzpassiven ein Posten „Bills Re-discounted". Hier hat man also den Festlandbrauch nicht nur insofern verlassen, als man die Giroverbindlichkeiten auf weiterbegebenen Wechseln angibt, sondern man muß nach Inhalt der Bilanzen annehmen, daß man für diese Verbindlichkeiten auch einen Platz in dem System der doppelten Buchhaltung gefunden hat. Dies ist nun so denkbar, daß man bei Weiterbegebung der Wechsel auf besonderen Konten des Hauptbuchs einerseits die Regreßverbindlichkeiten, andererseits die Regreßrechte der Bank aus den weiterbegebenen Wechseln bucht und bei Fälligkeit beide Posten wieder ausgleicht, sofern der Wechsel nicht zurückkommt. Das System ist kompliziert, hat auch, wie später dargelegt werden wird, seine grundsätzlichen Mängel — aber unmöglich ist, wie man sieht, auch bei großen Aktiengesellschaften die Angabe des Giroobligos in den Bilanzen jedenfalls nicht.

Die Frage der Ausweisung der Giroverbindlichkeiten durch die Jahresberichte ist seit langem Gegenstand eifriger Erörte-

---

[1] Vgl. hierzu Courcelle-Seneuil, Traité des opérations de Banque (1853) p. 153 s. s.

[2] Die Bezeichnungen wechseln, so z. B. bei Parr's Bank auf beiden Seiten nur 'foreign bills negotiated'; bei London & Westminster Bank 'To liabilities by Endorsement', 'By liability of Customers for Endorsement'. Vgl. auch Easton, The work of a Bank (1900) p. 117.

rungen im Kreise der Kreditgenossenschaften. Diesen fehlt regelmäßig das eigene Kapital, um dem Kreditbedürfnis der Mitglieder in vollem Umfange entsprechen zu können; sind sie doch auch in erster Reihe auf dem Personalkredit der Genossen aufgebaut. Der Allgemeine Verband der auf Selbsthilfe beruhenden deutschen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften verlangt, daß die Kreditgenossenschaften die Verbindlichkeiten aus weiterbegebenen Wechseln zwar nicht in ihren Bilanzen, wohl aber in den jährlichen Geschäftsberichten ihrem vollen Umfange nach ziffernmäßig hervorheben. Dies mit solchem Erfolge, daß der Verband in seiner Statistik über den Stand der einzelnen Genossenschaften am Jahresschluß[1] eine ständige Rubrik hat: „Giroverbindlichkeiten der Genossenschaft am Jahresschluß". Die Rubrik ist zumeist ausgefüllt; Stichproben durch Einsicht von Berichten solcher zum Verband gehöriger Berliner Genossenschaften, bei denen die Rubrik nicht ausgefüllt war, ergaben, daß diese nach Inhalt des Geschäftsberichts überhaupt keine Giroverbindlichkeit am Jahresschlusse hatten[2].

In Österreich ist man bei den Kreditgenossenschaften noch weiter gegangen. Dort wird auf Grund eines Beschlusses des allgemeinen Verbandstags in Krems von 1879[3] das Giroobligo als Passivum und das Regreßrecht als Aktivum in die Bilanz eingestellt[4].

Berücksichtigt man die Bedeutung des Umfangs der Verbindlichkeiten, und berücksichtigt man, daß die Vorkommnisse der letzten Jahre entschieden zu einer helleren Beleuchtung der Lage bei den Aktiengesellschaften drängen, so wird man sich dem aus kaufmännischen Kreisen laut gewordenen Wunsch nach einer Änderung[5] anschließen müssen, zumal die Durchführbarkeit einer Änderung anderwärts bereits erwiesen ist.

---

[1] Veröffentlicht in dem jetzt von Crüger herausgegebenen Jahrbuch des Allgemeinen Verbandes der auf Selbsthilfe beruhenden deutschen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften. (Berlin, Guttentag).

[2] Da nur einige Stichproben gemacht wurden, so lassen sich hieraus keine zu weit gehenden Schlüsse ziehen. Die nicht zum Verbande gehörigen Berliner Kreditgenossenschaften geben in ihren Jahresberichten die Giroverbindlichkeiten zumeist nicht an.

[3] Robert Stern, Das Giroobligo in der Rechnungslegung der Kreditgenossenschaften (Kalender 1900 des Klubs der Beamten der Wiener Bank- und Kredit-Institute).

[4] Vgl. z. B. die Abschlüsse des Gewerblichen Kreditvereins in Wien, Mariahilfer Kreditvereins, Gumpendorfer Spar- und Vorschußvereins u. a. m.

[5] August Förster im Bankarchiv II S. 63. So auch Weber, Depositenbanken und Spekulationsbanken (1902) S. 202, Beigel, Buchführungsrecht der Aktiengesellschaften S. 31.

Wird die Vorfrage bejaht, so wird weiter zu erwägen sein, ob die Angabe der Giroverbindlichkeiten in der Bilanz oder im Geschäftsbericht erfolgen soll.

Für das erstere scheint die innere Folgerichtigkeit zu sprechen, insofern dann bei der Summierung der Passivposten diese Verbindlichkeiten zur Erscheinung kommen[1].

Andererseits ist zu bedenken, daß dies auf einen tiefen Schnitt in unser herkömmliches System der doppelten Buchführung hinauskommen würde. Außerdem handelt es sich, wie auch das Bankgesetz in § 8 Abs. 2 hervorhebt, nur um „eventuelle" Verpflichtungen. Die Ziffern bezüglich der laufenden Giroverbindlichkeiten haben aber auch auf absolute Zuverlässigkeit, wie dies bei derartigen Posten der doppelten Buchführung stets der Fall sein müßte, keinen Anspruch.

Wird nämlich ein Wechsel mangels Zahlung protestiert, so hat zwar der Inhaber seinen Vormann binnen zwei Tagen hiervon zu benachrichtigen. Jeder benachrichtigte Vormann soll auch seinen Vormann binnen zwei Tagen vom Tage des Berichtsempfangs in gleicher Weise benachrichtigen. Wer diese Benachrichtigung nicht rechtzeitig vornimmt, verliert aber nicht etwa seinen Regreßanspruch, sondern muß nur für den dadurch entstehenden Schaden aufkommen (Art. 45 WO.). Die Regreßansprüche gegen den Aussteller und die Vormänner verjähren dagegen frühestens innerhalb dreier Monate (Art. 79 Abs. 1 WO.). Wann diese Verjährungsfrist für den einzelnen Regreßpflichtigen beginnt, kann dieser infolge der Bestimmung des Art. 79 Abs. 2 WO. zunächst nicht wissen[2].

Eine Bank, die Wechsel weiter indossiert hat, kann also gar nicht zuverlässig angeben, wie viele mit ihrem Giro versehene unverjährte Wechsel sich noch im Umlauf befinden. Sie erhält regelmäßig keine Nachricht, wenn ein Wechsel eingeht. Nur wenn er nicht eingeht, soll sie Nachricht erhalten. Diese Nachricht kann sich aber unter Umständen drei Monate nach Verfall oder auch länger hinziehen, ohne daß die Bank die Regreßpflicht ablehnen kann.

---

[1] Vgl. hierzu Alfred Schulte, Die natürliche und die übliche Bilanzform (1903) S. 14.

[2] „Gegen den Indossanten läuft die Frist, wenn er, ehe eine Wechselklage gegen ihn angestellt worden, gezahlt hat, vom Tage der Zahlung, in allen übrigen Fällen aber vom Tage der ihm geschehenen Behändigung der Klage oder Ladung."

Nun werden, nach eingezogenen Erkundigungen, bei solchen Gesellschaften, welche den Betrag der „eventuellen Verbindlichkeiten aus weiterbegebenen Wechseln“ in Bilanz oder Geschäftsbericht angeben, diese Verbindlichkeiten aus den einzelnen Wechseln an deren Verfalltage gestrichen. Das ist ungenau. Denn — wie dargelegt — können solche Wechsel noch nach Monaten auf die Bank zurückkommen.

Würde man auf der anderen Seite die Wechsel erst bei Ablauf der Verjährung — deren genauen Zeitpunkt man ja aber nicht kennt — abstreichen, so würde man die Giroverbindlichkeiten viel zu hoch angeben; denn die meisten Wechsel werden eben bei Verfall eingelöst, und die Passiven der Gesellschaft würden zu hoch erscheinen, wenn man alle möglicherweise noch im Umlauf befindlichen Wechsel als Verbindlichkeiten aufführte.

Man kann daher aus Rechtsgründen hier buchhalterisch zuverlässige Ziffern nicht angeben.

Empfiehlt sich schon hiernach nicht, diese Ziffern in die Bilanzpassiven zu bringen, so kommt noch ein fernerer Erwägungsgrund dazu.

Wahrscheinlich wird sich, wenn der Betrag der Giroverbindlichkeiten veröffentlicht wird, herausstellen, daß die großen Banken verhältnismäßig weniger Wechsel weitergeben als die kleinen. Dies sieht man bereits bei der Vergleichung der Abschlüsse der Notenbanken. Ist dies aber der Fall, so kann die Veröffentlichung der Ziffern der weiterbegebenen Wechsel in gewissem Umfange dem Kredit der kleineren Banken schaden und den Zulauf zu den großen Banken vermehren. Es liegt im öffentlichen Interesse, daß eine solche Benachteiligung der kleineren Banken nach Möglichkeit vermieden wird. Wenn jene Ziffern in der Bilanz zur Erscheinung treten, so werden Personen, die den Geschäftsgang nicht kennen, die Tragweite leicht überschätzen. Es genügt auch völlig den Zwecken einer Klarstellung des Standes der Verhältnisse der Gesellschaft in diesem Punkte, wenn sich — wie bei den Genossenschaften — die Angabe im Geschäftsbericht findet; dort können auch alsbald die erforderlichen Erläuterungen darüber gemacht werden, ob es sich um sog. Primadiskonten, Handelswechsel usw. handelt, damit aus den Ziffern keine zu weitgehenden Schlüsse gezogen werden.

Wenn wir hiernach auch jene Angaben zur Beurteilung einer Aktiengesellschaft für erforderlich halten, so muß doch

vor der Annahme gewarnt werden, daß man allzuviel Belehrung aus denselben ziehen wird. Zunächst bleibt die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit der Vormänner der Kenntnis des Publikums verschlossen; und doch kommt es am Ende der Dinge nur auf diese an. Außerdem vermögen nicht viele aus den Ziffern die richtigen Schlüsse zu ziehen. Ein lehrreiches Beispiel hierfür bieten die von dem Comptoir d'Escompte veröffentlichten Ziffern. Vom Jahre 1848 bis 1852 hatten sich die wirtschaftlichen Verhältnisse Frankreichs so gebessert, daß betrugen[1]

	Wechselbestand	Réescompte (Betrag der im Umlauf befindlichen weiter-begebenen Wechsel)
31. August 1848	78350789	59389215
30. Juni 1852	177693660	Null.

Das durch die ursprünglichen Dekrete sehr bevorzugte Institut ging dann in seiner Bedeutung etwas zurück.

Die entsprechenden Ziffern stellen sich

31. Okt. 1866	55719909,18	57337973,32.

Nach dem Kriege nahm das Institut einen neuen Aufschwung. Die Ziffern stellten sich

31. Okt. 1878	138965514,11	59144598,45
31. Okt. 1882	103482661,10	81837216,54
31. Dez. 1882	97932256,06	107408510,70
31. Okt. 1887	96308266,31	135654755,96
31. Dez. 1887	93702628,27	154372741,19.

Wer das Verhältnis der Wechselbestände zu den Verpflichtungen aus dem Réescompte damals genauer verfolgt hätte, würde die maßlose Verschlechterung der finanziellen Lage des Comptoir d'Escompte und die Überspannung ihres Wechselkredits haben bemerken müssen. Soweit bekannt, sind damals von niemandem die angeführten Ziffern in ihrer Bedeutung beachtet worden, und als mit dem Selbstmord Denferts das Gebäude zusammenstürzte, wirkte dies trotz des veröffent-

[1] Die Ziffern für 1848 und 1852 sind entnommen aus Courcelle-Seneuil a. a. O. p. 177, die übrigen aus den Geschäftsberichten der Gesellschaft.

lichten Ziffernmaterials ebenso überraschend, wie der Fall der Leipziger Bank[1].

Dies darf uns aber nicht davon abhalten die Wahrheit über den Umfang der in Rede stehenden Verbindlichkeiten für die Geschäftsberichte zu verlangen.

2. Was die *Bürgschaften* anbetrifft, so werden die Wechselbürgschaften (Avale) allgemein unter Avalkonto in den Passiven aufgeführt. Wenn sich für sonstige Bürgschaften — z. B. für Steuerkredite, Verträge mit Behörden und dgl. — selten ein besonderes Konto in der Bilanz findet, so hat dies darin seinen Grund, daß man Bürgschaften des bürgerlichen Rechts gleichfalls auf Avalkonto zu buchen pflegt[2]. Wo ein Betrag der Bürgschaft feststeht, gehört dieser in die Passivseite. Nicht anerkannt werden kann die Ansicht Staubs[3] und Lehmanns[4], wonach das „Vorhandensein von Prinzipalverpflichteten bei der Schätzung nicht ohne Einfluß bleiben kann". Hat jemand eine Bürgschaft für 100000 Mark übernommen, so gehört dieser Betrag voll in die Passiven, auch wenn der Hauptschuldner der reichste Mann wäre. Für eine Schätzung ist da kein Raum.

3. Daß *zweiseitige Rechtsgeschäfte*, die von keiner Seite erfüllt sind, an sich im Hauptbuch keinen Platz haben, ist bereits oben erwähnt. Sie können unter Umständen überaus gefährlich sein. Die im Jahre 1900 mit einem Grundkapital von 2000000 Mark begründeten Kontinentalen Röhren- und Mastenwalzwerke in Oberhausen übernahmen mit dem Geschäft die von dem Vorbesitzer abgeschlossenen Verträge über Bezug von Rohmaterialien; diese Verträge erschienen bei der Gründung gegenüber den Tagespreisen gewinnbringend und wurden infolgedessen bei der Eröffnungsbilanz nicht berücksichtigt; sie ergaben aber schließlich bei der Abwicklung einen Verlust von etwa zwei Millionen Mark, also in Höhe des vollen Grundkapitals, so daß über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet werden mußte. Von Lieferungsverträgen sagt das Reichsoberhandelsgericht[5]:

[1] Die Konfiguration dieser beiden Bankbrüche läßt den Leipziger fast wie ein Plagiat des französischen erscheinen. Comptoir d'Escompte, Société des métaux, Denfert, Sécrétan finden ihr Widerspiel in: Leipziger Bank, A.-G. für Trebertrocknung, Exner, Schmidt.

[2] Knappe, die Bilanzen der Aktiengesellschaften S. 34.

[3] HGB. § 40 Anm. 7.

[4] Lehmann-Ring HGB. § 40 Nr. 7.

[5] Entsch. Bd. 24 S. 73; vgl. auch Reisch und Kreibig, Bilanz und Steuer I S. 26.

Rechtlich ist die Berücksichtigung dieser durch Lieferungsverträge entstandenen vermögensrechtlichen Verhältnisse bei Aufstellung der Bilanz nicht ausgeschlossen. Ob und nach welchem Werte, sei es als Aktivum, sei es als Passivum[1], die Aufnahme der Rechte und Pflichten aus solchem Vertrage bei Aufstellung der Bilanz nach den praktischen Verhältnissen des Falls für angemessen und erforderlich zu erachten, ist reine Tatfrage.

Es ist also nicht die gekaufte Ware in die Aktiva, der zu zahlende Preis in die Passiva zu setzen. Dies wäre falsch. Denn die Gesellschaft besitzt die Ware nicht und schuldet auch den Preis nur Zug um Zug gegen Lieferung der Ware. Beides kann möglicherweise in Zukunft der Fall sein, sofern nicht durch Rücktritt vom Vertrage oder aus sonstigen Gründen das Geschäft zurückgeht. Es kann daher nur der geschätzte Verlust (der Passivwert der Verbindlichkeit) in die Passiven gesetzt werden, während der Umfang der Verpflichtung aus der Bilanz nicht hervorgeht.

Wenn man freilich einen Blick in die durch die neuerlichen Bilanzprozesse aufgetanen Machenschaften tut, so könnte man zunächst zweifeln, ob dies ausreicht. So verkaufte z. B. die Trebertrocknung A. G. Aktien ihrer Tochtergesellschaften an eine Belgische Bank. Die Mitglieder des Aufsichtsrats und Vorstandes der Trebertrocknung A. G. verpflichteten sich persönlich, diese Aktien zu einem höheren Kurse wieder abzunehmen, und die Trebertrocknung gab diesen Mitgliedern Rückendeckung[2], d. h. die Trebertrocknung war verpflichtet, die Aktien an Stelle der Mitglieder ihres Vorstandes und Aufsichtsrats wieder abzunehmen. Hier würde es natürlich nicht genügt haben, wenn — was nicht geschehen ist — der zu schätzende Verlust in die Passiven eingesetzt wurde. Denn hier war das ganze Geschäft auf Verschleierung des Standes der Verhältnisse angelegt und hätte daher in den Veröffentlichungen klargestellt werden müssen, wenn die Mitglieder der Verwaltung sich nicht strafbar machen wollten. Aus derartigen vereinzelten verbrecherischen Vorkommnissen kann das Verlangen einer Änderung kaufmännischer Gepflogenheiten aber naturgemäß nicht abgeleitet werden[3].

[1] Bei Aktiengesellschaften ist die Einstellung als Aktivum ausgeschlossen, weil darin ein noch nicht realisierter Gewinn läge. § 261 Z. 1, 2 HGB.

[2] Entsch. des LG. Kassel vom 14. Februar 1902.

[3] Schließlich kann auch eine Barzahlung zur Verschleierung dienen. Die Preußische Hypothekenbank lieh einer Tochtergesellschaft Geld, diese zahlte es einer zweiten Tochtergesellschaft und diese zahlte damit ihre

4. *Garantieverpflichtungen.* Fabrikanten pflegen bei der Aufnahme ihrer Forderungen einen Abschlag nicht nur für Skonto, sondern auch für Abzüge zu machen, die wegen wirklicher oder angeblicher Mängel etwa von Kunden gemacht werden. Damit wird der gesetzlichen Garantiepflicht für Mängel buchmäßig Rechnung getragen.

In einzelnen Fällen, namentlich seitens der Maschinenfabriken, wird über diese gesetzliche Pflicht hinaus eine Garantie für gewisse Eigenschaften der Fabrikate übernommen. Diese Verpflichtung stellt eine echte Schuld dar, bezüglich deren man nur die Höhe nicht genau kennt. Sie kann daher nur zu einem Schätzungsbetrage eingestellt werden; dies muß aber auch geschehen, wenn anders das Vermögen richtig dargestellt werden soll. Die Einstellung erfolgt vielfach unter der Bezeichnung Garantiefonds[1]. Hier hat der Erwerber durch Zahlung des Preises vollständig vorgeleistet; der Verkäufer (Werkmeister) hat aber noch die Garantiepflicht.

Die Fälle können noch komplizierter liegen. So übernehmen z. B. Akkumulatorenfabriken zuweilen bei der Lieferung die Instandhaltung der gelieferten Akkumulatoren auf zehn Jahre gegen eine gleichbleibende feste Jahresprämie. Da die Instandhaltungskosten in den ersten Jahren sehr gering sind, dagegen mit der Abnutzung der Akkumulatoren im Laufe der Jahre erheblich wachsen, so darf der in den ersten Jahren nicht voll für Kosten verbrauchte Teil der Jahresprämien nicht als Jahresgewinn angesehen werden. Die Gesellschaft ist verpflichtet auch in den späteren Jahren, in denen die Prämie für die Instandhaltung nicht ausreicht, diese zu bewirken. Die Instandhaltungspflicht der letzten Jahre hat somit schon heute einen Passivwert, da sie dann in der Jahresprämie nicht die erforderliche Deckung findet. Es muß daher die überschüssige Prämie der ersten Jahre in Höhe des auf gewissenhafter Schätzung ruhenden Passivwerts der Instandhaltungspflicht in die Passiven gestellt werden — auch hier handelt es sich um eine echte, nur ihrem Betrage nach nicht feststehende Schuld[2]. Solide Akkumulatorengesellschaften haben demgemäß bilanziert, unsolide leiden jetzt durch die Unterlassung dieser Buchung.

Hypothekenzinsen an die Preußische Hyp.-A.B., die nun die Zinsen als „bar" eingegangen bezeichnete. Für diese Zahlungsweise hat man die Bezeichnung „Rundreisezahlung" nicht übel erfunden.

[1] Entsch. des OVG. II S. 53.

[2] Entsch. des OVG. vom 20. März 1901 (V A 2).

Eine in dieses Gebiet gehörige ganz eigenartige Erscheinung haben die wirtschaftlichen Verhältnisse der letzten Jahre zuwege gebracht. Eisenbahnbaugesellschaften und Elektrizitätsgesellschaften haben — nicht selten infolge maßlosen Wettbewerbs — den Bau von Bahnen, Elektrizitätswerken u. dgl. übernommen und haben dabei vorübergehend oder auf eine längere Reihe von Jahren eine bestimmte Bruttoeinnahme oder einen bestimmten Reingewinn garantiert. Bilanzmäßig spielten sich — soweit erkennbar — diese Geschäfte meist so ab, daß nach Fertigstellung des Baues dieser abgerechnet und der etwaige Baugewinn eingestellt wurde. Wird die Gesellschaft dann aus der Garantie in Anspruch genommen, so erscheint in dem nächsten Jahre die Bemerkung im Geschäftsberichte, daß diese oder jene Unternehmung einen Zuschuß erfordert habe. Diese Zuschüsse werden dann zu Lasten desjenigen Jahres gebucht, für das sie geleistet sind. An solchen Zuschüssen kranken jetzt etliche Unternehmungen.

Einzelne große Gesellschaften, die, abweichend von dieser Gepflogenheit, durch zum Teil ganz ungeheure Rückstellungen für solche etwaige Verluste rechtzeitig Fürsorge getroffen haben, werden hier nicht namentlich genannt, um die übrigen nicht erkennbar zu machen.

Die vorgeschilderte regelmäßige bilanzmäßige Abwickelung solcher Geschäfte kann als sachgemäß oder auch nur als zulässig nicht anerkannt werden. Wer einem Unternehmen auf zehn Jahre je 100000 Mark Einnahmen garantiert, ist gewiß — auch abgesehen vom Zwischenzins — heute nicht 1000000 Mark schuldig. Denn die Zahlungspflicht ist keine unbedingte, sondern hängt von der Bedingung ab, daß die erforderlichen Einnahmen nicht erzielt werden. Aber der wahrscheinliche Wert dieser bedingten Verpflichtung gehört in die Passiva.

Regelmäßig wird der Bauunternehmer seine Berechnungen derart aufgestellt haben, daß er durch die Einnahmen Deckung für die garantierten Beträge zu finden erwartet. Trotzdem erscheint es schon zweifelhaft, ob vor Erledigung der ganzen Garantiepflicht ein Baugewinn überhaupt eingestellt werden darf. Denn der Vertrag, durch den der Bau übernommen und — vielfach in Verbindung mit einem Betriebsvertrag — ein gewisser Erfolg garantiert wird, ist ein einheitlicher, und das Geschäft als Ganzes wird man daher bei Beendigung des Baues höchstens dann als ein mit Gewinn abgeschlossenes behandeln dürfen, wenn die Garantieverpflichtung als praktisch

unbedingt bedeutungslos angesehen werden kann. Vorher wird man von einem realisierten Gewinn des Geschäfts nicht sprechen können, und nur ein solcher darf nach dem im § 261 Z. 1, 2 zum Ausdrucke gebrachten Prinzip verteilt werden. Daß ein Baugewinn nicht in die Bilanz eingestellt werden darf, soweit er nach den Kalkulationen zur Deckung der Garantieverpflichtung Verwendung finden sollte, ist ohnehin selbstredend.

Aber diese Garantien erfordern eine noch weitere Berücksichtigung. Stellt sich z. B. heraus, daß die garantierte Summe durch die Einkünfte des Unternehmens nicht aufgebracht wird und voraussichtlich auch in den kommenden Jahren daraus nicht bestritten werden kann, so steht damit fest, daß insoweit die Bedingung, unter der die Rechtsverbindlichkeit wirtschaftlich eine Schuld darstellt, eintritt. Obwohl daher nach der herkömmlichen Buchführung mit vollem Rechte im Hauptbuch auf dem Konto des Bauherrn sich ein Passivum in Höhe der für die künftigen Jahre garantierten Beträge nicht findet, wird ein sorgfältiger Vorstand bei Aufstellung der Bilanz die übernommenen Garantien durchgehen und hiernach feststellen müssen, ob und wieweit nach gewissenhafter Schätzung ein Verlust zu erwarten ist.

Hat z. B. die Gesellschaft auf zehn Jahre 100000 Mark Einkünfte garantiert, bisher aber jährlich 70000 Mark Zubuße leisten müssen, ohne daß eine Minderung dieser Zubuße in Aussicht genommen werden kann, so wird hierfür nach Ablauf von drei Jahren 7×70000 Mark abzüglich Zwischenzinsen auf die Passivseite der Bilanz zu stellen sein.

5. *Konsortialbeteiligungen.* Bei Abschluß eines Konsortialvertrags erfolgt in Memorial und Hauptbuch keinerlei Eintragung; wie bei sonstigen zweiseitigen Verträgen erfolgen vielmehr derartige Buchungen nach ordnungsmäßiger Buchführung erst dann, wenn Einzahlungen ausgeschrieben werden oder erfolgen. Dementsprechend findet sich auch in der Bilanz der Betrag der Verpflichtungen aus Konsortialgeschäften nicht. Daß auch auf solche Geschäfte, soweit dieselben verlustdrohend erscheinen, ein entsprechender Posten (vielfach Spezialreserve genannt) auf die Passivseite gesetzt werden muß, ist selbstverständlich; dies scheint auch seitens der Mehrzahl unserer Banken in ausreichendem Maße zu geschehen — wie der verhältnisgemäß geringe Rückgang der Dividenden bei den meisten Banken in den letzten Jahren wirtschaftlichen Niedergangs beweist.

Aber darüber darf man sich nicht täuschen: den Umfang der Verpflichtungen aus Konsortialgeschäften kennt man auch in diesem Fall aus der Bilanz nicht.

Die Geschäftsberichte pflegen zwar zu erwähnen, bei welchen Konsortien sich die Bank beteiligt hat, aber die Ziffern werden nicht angegeben.

Die Einzelangaben, die sich bisweilen in den Geschäftsberichten finden (inländische und ausländische Anleihen, Aktien, Obligationen usw.) beziehen sich nur auf die Einzahlungen.

Darüber, daß die Konsortialverpflichtungen über den Betrag der Einzahlungen hinaus vielfach einen bedeutenden Umfang haben, kann ein Zweifel nicht obwalten. Trotzdem wird es der gewissenhaften Prüfung der Bankvorstände überlassen bleiben müssen, ob und inwieweit sie in den Geschäftsberichten hiervon Kenntnis geben wollen. Eine Einstellung derselben in die Bilanz wäre durchaus verfehlt.

Eine Anzahl Banken übernimmt z. B. eine Anleihe von 500 Millionen Mark. Wird die Gesamthaft bei solchen Geschäften nicht ausgeschlossen, so haften sie als Gesamtschuldner (§ 427 BGB.). Würden die Banken verpflichtet sein, den Umfang der möglicherweise aus dem Geschäft an sie herantretenden Verbindlichkeiten in die Passiven zu stellen, so müßte bei jeder einzelnen Bank[1] hierfür der Betrag von 500 Millionen Mark als Passivum stehen. Nehmen wir nun an, daß zehn Banken zu gleichen Teilen an dem Geschäft beteiligt sind und daß jede Bank 35 Millionen Mark Unterbeteiligungen an zahlungsfähige Personen abgegeben hat, so würden jenen 500 Millionen als Aktiva gegenüberstehen 450 Millionen Regreßansprüche an die mitbeteiligten Banken, 35 Millionen Einzahlungen (oder Belastungen) der Unterbeteiligten und 15 Millionen Anleihe. Und wegen dieser 15 Millionen würden die Passiven sich anscheinend um 500 Millionen erhöht haben! Durch solche Bilanzen würde man es zuwege bringen, daß sich niemand mehr aus ihnen zurecht findet. Beteiligt sich eine Bank auch nur an einigen größeren Geschäften, bei denen ihr Risiko — z. B. wenn es sich im obigen Fall um deutsche Reichsanleihe handelt — ein sehr geringes ist, so würde ihre Bilanz Ziffern aufweisen, die das Publikum völlig irre zu machen geeignet sind, weil Verbindlichkeiten, die nach aller menschlichen Voraussicht niemals an die Bank herantreten

[1] Vgl. Staub, HGB. § 40 Anm. 7.

werden und, wenn nicht rechtlich, so doch wirtschaftlich nur als bedingte anzusehen sind, wie unbedingte behandelt werden.

Die Generalversammlung weiß, daß ihr nur die Einzahlungen in der Bilanz mitgeteilt sind; sie weiß ferner, daß hiernach weitere Verpflichtungen bestehen. Die Frage, ob sie überhaupt oder unter gewissen Umständen darüber hinaus nähere Aufklärungen verlangen kann, würde über den Rahmen dieser Abhandlung hinausführen; jedenfalls ist der Stand der Verhältnisse der Gesellschaft nicht verschleiert, wenn die Bilanz sich auf die Einzahlungsziffer beschränkt und auch der Geschäftsbericht über den Umfang der Geschäfte eine ziffernmäßige Erklärung nicht gibt, sofern nur mögliche Verluste unter gewissenhafter Schätzung berücksichtigt sind.

V.

Wenn eine Aktiengesellschaft mit ihren Grundstücken, Bergwerken usw. Hypothek bestellt, so kommt dies nach der üblichen Buchführung dadurch deutlich zum Ausdruck, daß der betreffende Posten „Hypothekenschuld" oder dgl. genannt wird. Dann weiß jeder aus der Bilanz selbst, daß im Falle des Konkurses an den mit der Hypothek belasteten Sachen ein Absonderungsrecht besteht.

Bei Höchsthypotheken (§ 1190 BGB.) kann sich die Angabe nur auf den derzeitigen Stand der Schuld beziehen[1].

Anders bei Verpfändung von beweglichen Sachen, Forderungen, Wechseln und dgl. Alle Verpfändungen als solche sind keine Geschäftsvorfälle im Sinne der Buchführung. Wer ein Darlehn gegen Lombardierung von Wertpapieren bei einer Bank aufnimmt, verändert seinen Vermögensstand insofern, als sein Kassenbestand sich um die Darlehnssumme vermehrt und seine Verbindlichkeiten um den gleichen Betrag erhöhen. Dies beides wird auch gebucht. Bezüglich der lombardierten Wertpapiere findet dagegen eine Veränderung des Vermögens nicht statt. Das an ihnen bestehende Eigentumsrecht bleibt unverändert bestehen, auch wenn sie in den Pfandbesitz des Lombardgläubigers übergehen. Nach der Übung des

[1] Wenn bisweilen (vgl. Bilanz der Konsolidierten Redenhütte für 1901/2) der Höchstbetrag in den Aktiven und Passiven sich findet und außerdem die wirkliche Schuld in den Passiven steht, so ist dies überflüssig und wirkt verwirrend. Auf die schwierigen Fragen, wie die für eine fremde Schuld eingeräumte Hypothek und eine Grundschuld, bei der die Gesellschaft für die zugrunde liegende Verpflichtung nicht haftet, zu behandeln sind, kann hier nicht eingegangen werden.

Verkehrs wird in solchem Fall nur in den Bestandbüchern (also in einem Hilfsbuch) ein Vermerk gemacht, daß die Papiere bei der Bank (welche das Lombard gegeben hat) „liegen". In den Bilanzen ist hiervon mit keinem Wort die Rede, ebensowenig in den Geschäftsberichten.

Nun hat sich bei den Bankbrüchen der neueren Zeit herausgestellt, daß die besten Wertpapiere verpfändet waren. Die Preußische Hypothekenaktienbank z. B. prunkte noch in ihrer Bilanz vom 31. Dezember 1899 mit 10136803 Mark Wertpapieren, während sie — wie später festgestellt wurde — 9929500 Mark Lombardschulden hatte[1], so daß für die Chirographargläubiger von den Wertpapieren nur die bei dem Verkauf erzielten Überschüsse übrigblieben. Ähnlich ging es bei der Leipziger Bank u. a.

Wenn eine Gesellschaft bei einem Kapital von 5 Millionen Mark und einer Schuldenlast von 10 Millionen Mark an Aktiven 6 Millionen Mark Wertpapiere und 9 Millionen Mark Außenstände hat, so ist es ja für die Feststellung ihres Vermögens an sich gleichgültig, ob die Wertpapiere verpfändet sind oder nicht. Will man aber die Flüssigkeit der Bank beurteilen oder will ein Gläubiger sich über die Zulässigkeit eines ungedeckten Kredits vergewissern, so kommt es naturgemäß sehr erheblich in Betracht, ob die 6 Millionen Mark Wertpapiere einem anderen verpfändet sind oder nicht.

Man ist — soweit dem Verfasser bekannt — an dieser Frage nicht nur in Deutschland, sondern auch sonst im allgemeinen achtlos vorübergegangen — mit alleiniger Ausnahme Englands, wo man ihre Bedeutung frühzeitig erkannt hat.

Schon die Companies Act 1862[2] bestimmt nämlich:

Every limited company under this Act shall keep a register of all mortgages and charges specifically affecting property of the company, and shall enter in such register in respect of each mortgage or charge a short description of the property mortgaged or charged, the amount of charge created, and the names of the mortgagees or persons entitled to such charge: if any property of the company is mortgaged or charged without such entry as aforesaid being made, every director, manager, or other officer of the company who knowingly and wilfully authorises or permits the omission of such entry shall incur a penalty not exceeding fifty pounds; the register of mortgages re-

---

[1] Bericht der Revisionskommission vom Dezember 1900 S. 16f.

[2] 25 & 26 Victoria cap. 89 s. 43, abgedruckt bei Lindley, Law of Companies 6. Aufl. II p. 1271.

quired by this section shall be open to inspection by any creditor or member of the company at all reasonable times; and if such inspection is refused, any officer of the company refusing the same, and every director and manager of the company authorising or knowingly and wilfully permitting such refusal, shall incur a penalty not exceeding five pounds, and a further penalty not exceeding two pounds for every day during which such refusal continues; and in addition to the above penalty, as respects companies registered in England and Ireland, any judge sitting in chambers ... may by order compel an immediate inspection of the register[1].

Es muß also seitens der Gesellschaft ein besonderes Buch über alle Spezialverpfändungen und Belastungen geführt und jedem Aktionär und jedem Gläubiger Einsicht gewährt werden — alles bei Strafe und bei Vermeidung einer richterlichen Verfügung auf Einsichtsgewährung. Die Praxis gab diesen Bestimmungen noch eine ausdehnende Auslegung. Die Gesellschaften müssen auch Abschriften der Pfandregister nehmen lassen und den Anwälten der Aktionäre und Gläubiger die Einsicht gestatten[2]. Ja, zeitweise erklärte die Rechtsprechung jede Verpfändung, die nicht in das Pfandregister eingetragen war, für unwirksam[3]. Und als dann schließlich die Gültigkeit der in das Pfandregister der Gesellschaft nicht eingetragenen Verpfändungen höchstgerichtlich anerkannt wurde, traf die Companies Act 1900 neue wichtige Bestimmungen darüber.

Nach diesem Gesetz[4] sollen gewisse Sicherheitsbestellungen, so namentlich bei Ausgabe von Obligationen, bei Verpfändung von fehlenden Einzahlungen auf das Grundkapital, bei Verpfändung fahrender Habe durch constitutum possessorium, gegenüber dem Liquidator und den Gläubigern unwirksam sein, wenn die Urkunde nicht bei dem Registrar of Joint Stock Companies innerhalb einundzwanzig Tagen niedergelegt ist. Der Registerbeamte hat für alle solche mortgages und charges ein besonderes Register zu führen, dessen Einsicht jedermann offen steht. Auf gewöhnliche Hypotheken und sonstige Verpfändungen bezieht sich das Gesetz nicht[5].

---

[1] Vgl. hierzu Schirrmeister, Die englische Aktiennovelle vom 8. August 1900 (1901) S. 90f.

[2] Lindley I p. 314.

[3] Lindley I p. 311.

[4] 63 & 64 Vict. cap. 48 s. 14, abgedruckt bei Lindley II p. 1408 und in Goldschmidts Z. Bd. 50 S. 537ff. (hier mit Übersetzung Crüsemanns).

[5] Crüsemann in Goldschmidts Z. 50 S. 573 Anm. 70; Schirrmeister a. a. O. S. 90ff.

Diese Bestimmungen des englischen Rechts sind überaus streng[1]. Es bedeutet einen schweren Eingriff in den Geschäftsbetrieb der Gesellschaft, daß das Verzeichnis der verpfändeten Gegenstände der Öffentlichkeit preisgegeben — oder daß gar in einzelnen Fällen die Gültigkeit von der Eintragung in ein staatliches Register abhängig gemacht wird. Es kann kaum bezweifelt werden, daß durch diesen Öffentlichkeitszwang wirtschaftlich berechtigte Sicherungsgeschäfte unmöglich gemacht worden sind, weil deren Bekanntgabe die Gesellschaft geschädigt hätte. Immerhin ist beachtenswert, daß in vierzig Jahren an der Bestimmung der Companies Act 1862 nicht gerüttelt ist, ja daß sie durch das Gesetz von 1900 noch verschärft wurde.

Wir werden hiernach auch in Deutschland verlangen können, daß über die Verpfändungen besondere Hilfsbücher geführt werden, durch welche die stattgehabten Sicherungen klargestellt und namentlich für Revisionen übersichtlich erkennbar gemacht werden. Es wird aber auch nicht zu umgehen sein, daß diese in den verschiedensten Richtungen wichtigen Sicherungsgeschäfte bei den Jahresausweisen in gewissem Umfang zum Ausdruck gelangen. Das englische Recht geht zu weit; es liegt keine Veranlassung vor, dem Publikum über jeden einzelnen Verpfändungsakt von Fall zu Fall Kenntnis zu geben und es wäre grundsätzlich verfehlt, wenn man anfinge, derartige Einzelheiten aus dem Geschäftsbetriebe der Öffentlichkeit preiszugeben. Es wird vielmehr genügen, wenn in den Bilanzen die Schulden mit und ohne Sicherheitsleistung getrennt aufgeführt werden, wie man ja in den meisten Bankbilanzen die Forderungen mit und ohne Sicherheitsleistungen schon jetzt getrennt findet.

Gewiß ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß hier und da eine solche Veröffentlichung den Kredit einer Bank ungünstig beeinflussen kann. Indessen ist es ja z. B. gerade ein wirtschaftlich gerechtfertigtes Geschäft der Banken, durch Verpfändung ihrer guten Papiere bei der Reichsbank oder bei Staatsinstituten Gelder zu verhältnismäßig billigem Zinssatz anzuleihen und in Zeiten der Geldknappheit dem Publikum

[1] Es ist dies um so bezeichnender, als das englische Gesellschaftsrecht in andern Beziehungen unbegreiflich lax ist, so in der Zulassung von Dividendenzahlungen aus den Betriebsüberschüssen trotz Kapitalverlust an Anlagepapieren. Lindley I p. 600; Weber, Depositenbanken und Spekulationsbanken S. 205.

zur Verfügung zu stellen. So liest man oftmals im Jahre, daß die Seehandlung Geld zu diesem oder jenem Zinsfuß an der Börse verliehen habe; diese Verleihungen erfolgen nur gegen gute, kursfähige Wertpapiere oder Wechsel. Darin kann und wird niemand, der das wirtschaftliche Leben kennt, etwas Ungesundes erblicken. Die englischen Depositenbanken, die in die Verwaltung behördlicher Gelder einen besonderen Stolz setzen, müssen den Behörden stets große Sicherheiten geben und lassen sich durch die beschränkte Öffentlichkeit der Pfandregister nicht davon abhalten[1]. So wird auch in Deutschland die Verbreitung genauerer Kenntnis über den Stand der Verpfändungen in der vorgeschlagenen Begrenzung auf die Dauer den soliden Gesellschaften keinen Schaden bringen — wenn dies bei unsoliden Gesellschaften der Fall sein sollte, so würde dies für die Allgemeinheit nur von Nutzen sein.

VI.

Die Vorkommnisse der letzten Jahre haben, wie bereits eingangs erwähnt, die traurige Tatsache erkennen lassen, daß nicht nur Direktoren, die von vornherein auf Ausraubung des Publikums ausgingen, sondern auch solche, die ungünstige Geschäfte nicht eingestehen wollten, den Stand der Verhältnisse der Gesellschaften unwahr darstellten und verschleierten — bald durch Einstellung falscher Ziffern, bald, wie namentlich bei den Hypothekenbanken, durch Unterlassung von Abschreibungen auf offenbar wertlose oder minderwertige Forderungen.

Andrerseits machte man aber auch die Erfahrung, daß es zahlreiche Fälle gibt, in denen die Offenlegung der Verhältnisse eine schwere Schädigung der Gesellschaft enthält, so daß die Organe der Gesellschaften in einen Konflikt zwischen den Rechtspflichten aus § 312 HGB. (wissentliches Handeln zum Nachteile der Gesellschaft) und § 314 HGB. (Verschleierung des Standes der Verhältnisse) geraten[2]. Unzweifelhaft kann ein Vorstandsmitglied durch Offenlegung von Tatsachen, die es mitzuteilen nicht nötig hätte, die Gesell-

[1] So hatte die London and Westminster Bank Ende 1900 allein 1 Million £ englische Konsols für das London County Council als Sicherheit bestellt. Weber, Depositenbanken und Spekulationsbanken S. 231.

[2] v. Gordon, Deutsche Juristen-Zeitung 1902 S. 378 f. Keyßner (Aktiengesellschaften S. 277) hat auf diese Möglichkeit schon im Jahre 1873 hingewiesen.

schaft wissentlich schädigen. Andrerseits wird man ihm naturgemäß keinen Vorwurf daraus machen können, wenn es Tatsachen nicht unwahr darstellt, über die es verpflichtet ist sich zu äußern. Häufig werden Tatsachen der einen und der anderen Art so miteinander verquickt sein, daß das Vorstandsmitglied sie schwer trennen kann. Das Verschweigen solcher Tatsachen, deren Geheimhaltung geboten ist, stellt an sich keine Verschleierung dar, kann es aber unter Umständen sein, wenn hierdurch andere Tatsachen, die mitgeteilt werden, in falschem Lichte erscheinen.

Man sieht: der § 314 Z. 1 legt Fußangeln. Der Vorstand kann sie auch nicht dadurch umgehen, daß er so viel wie möglich der Öffentlichkeit übergibt. Denn er schädigt dadurch die Gesellschaft und macht sich dann, wenn nicht des Vergehens aus § 312 schuldig, so doch nach bürgerlichem Recht leicht haftbar. So kann es unter Umständen zur Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes gehören, aus Gründen des Wettbewerbs die Gewinn- und Verlustrechnung nicht in einzelne Posten zu zerlegen[1].

Besonders schwierige Verhältnisse ergeben sich, wenn ein im Laufe des Jahres entstandener Verlust gedeckt worden ist, um Schaden von der Gesellschaft abzuwenden und die aus dem Bekanntwerden des Schadens entstehende Beunruhigung zu verhüten. Naturgemäß ist es völlig verwerflich, wenn, wie es bei der A. G. für Trebertrocknung geschehen ist, ein Direktor 1200000 Mark in die Kasse legte, um die Dividende zu vergrößern und so eine unlautere Kursbeeinflussung vorzunehmen. Aber die Fälle sind, wie der Verfasser aus seinen Erfahrungen weiß, nicht gar so selten, in denen Vorstand oder Aufsichtsrat ohne jede rechtliche Veranlassung im Interesse der Gesellschaft aus eigner Tasche einen Verlust decken oder eine Garantie für die aus einem Geschäft etwa erwachsenden Verluste übernehmen. Bisweilen kann ja die Wahrheit in taktvoller Weise angedeutet werden. So heißt es z. B. in dem Jahresbericht einer im Westen Deutschlands belegenen Bank für 1901 nach Darlegung der ungünstigen allgemeinen Geschäftslage:

> Daß diese Verhältnisse unsere Bilanz nicht stärker beeinflußten, verdanken wir dem Umstande, daß eine Gruppe von Hauptaktionären für die Deckung von drohenden Ausfällen an verschiedenen Aktivposten eingetreten ist.

---

[1] Esser, Aktiengesellschaft 2. Aufl. S. 162.

In anderen Fällen ist es kaum möglich, in dieser Weise um das Feuer herumzugehen, namentlich wenn die Zahlungen überhaupt nur Zweck haben, sofern sie geheimgehalten werden. Bei der Leipziger Wollkämmerei AG. hatten Mitglieder der Verwaltung bei Abgabe der Pachtung der Hamburger Wollkämmerei den entstandenen Verlust von über einer halben Million Mark aus eigenen Mitteln gedeckt und hierüber im Geschäftsbericht nichts gesagt. Die Strafkammer des Leipziger Landgerichts verurteilte die deswegen angeklagten Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats. In den Urteilsgründen aber heißt es:

> Bei der Strafzumessung war zu ihren Gunsten vor allen Dingen zu berücksichtigen, daß sie nicht von unlauteren Motiven geleitet worden sind. Ein etwaiger Verdacht, daß sie aus Eigennutz und Gewinnsucht gehandelt hätten, hat durch nichts Bestätigung gefunden... Weiter kam zu der Angeklagten Gunsten in Betracht, daß sie ... erhebliche Opfer gebracht hatten, um das Unternehmen über Wasser zu halten und eine Panik zu vermeiden, und daß sie sich bei ihrem Tun in einem schweren Konflikt der Pflichten befunden haben. Auf der einen Seite stand ihre Verpflichtung zur Wahrheit, auf der andern Seite standen die Interessen der Gesellschaft, Furcht vor der Konkurrenz und die Furcht, daß bei Klarlegung der Verhältnisse der Eintritt der allgemeinen Panik zu erwarten sei. Wenn sie in diesem Konflikte die Pflicht zur Wahrheit hintangesetzt und die Interessen der Gesellschaft höher gestellt haben als diese und das Gesetz, so ist ihre Handlung, wenn auch vom rechtlichen Standpunkt zu verurteilen, vom rein menschlichen Standpunkt doch verständlich und zu entschuldigen.

Dies Urteil, auf dessen tatsächliche Feststellungen hier naturgemäß nicht eingegangen werden kann, hatte zur Folge, daß sich der Gesellschaftsorgane jetzt vielfach eine wahre Angst vor Verschleierung bemächtigt hat. Vor nicht langer Zeit wurde vom Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft entdeckt, daß der Direktor mehrere hunderttausend Mark unterschlagen habe. Ein Bruder des Direktors versprach, diese Summe aus eigenen Mitteln zu decken, wenn die Mitglieder des Aufsichtsrats sich verpflichteten, im Geschäftsbericht nichts hiervon zu erwähnen. Diese fürchteten, bei Annahme der Bedingung sich einer Anklage auszusetzen und lehnten den Vorschlag ab. Der Direktor verschwand, der Bruder zahlte nichts, die Gesellschaft verlor fast die Hälfte des Grundkapitals. Der Wahrheitsfanatismus hatte die Ehre und die Gesellschaft das Nachsehen.

Ich glaube: solche Vorkommnisse beweisen, daß wir zu einer Überspannung des Offenheitsprinzips gelangt sind[1]. Wenn

[1] Dies schließt naturgemäß nicht aus, daß in einzelnen Beziehungen

unter Umständen, wie denjenigen des mitgeteilten landgerichtlichen Urteils, überhaupt eine Verurteilung möglich ist, wenn aus Furcht vor dem Staatsanwalt die Aktiengesellschaften empfindlich geschädigt werden können, so ist entweder das Gesetz verfehlt oder seine Auslegung irrtümlich. Hier liegt der letztere Fall vor. Nach zwei Richtungen:

a) Gewiß war es, als die dem § 314 Z. 1 entsprechende Vorschrift zuerst in Art. 249 Z. 3 der Novelle vom 11. Juli 1870 gegeben wurde, die volle Absicht des Gesetzgebers, nicht nur die unwahre Darstellung oder Verschleierung des Vermögensstandes unter Strafe zu stellen. Ist doch ein dahingehender Antrag Bernuth hauptsächlich auf Betreiben Miquels im Reichstag abgelehnt worden[1]. Es hätte dann ja auch genügt lediglich die unrichtigen Bilanzen unter Strafe zu stellen. Man stellte die unrichtige Darstellung des „Standes der Verhältnisse" unter Strafe.

Aber zu weit ging schon das Obertribunal in der Auslegung des Gesetzes[2], wenn es unwahre Darstellungen oder Verschleierungen bezüglich aller Tatsachen für strafbar erklärt, „welche zwar keinen Bezug auf den gegenwärtigen Vermögensstand haben, über welche aber wahrheitsgemäß unterrichtet zu werden gleichwohl für die Aktionäre, für die Gläubiger der Gesellschaft oder für das sonstige mit der Gesellschaft möglicherweise in Verbindung tretende Publikum von Interesse sein kann".

Dies ist ganz unmöglich. Wenn keine Tatsache auch nur „verschleiert" werden darf, die für das Publikum von Interesse sein kann, so würde es überhaupt nichts geben, was man aus dem Geschäftsbetriebe nicht veröffentlichen müßte. Daß dies nicht die Meinung des Gesetzgebers sein kann, ergibt bereits der Umstand, daß man schon die Vorlegung des Inventars, das doch gewiß für das „Publikum" oder gar für die Aktionäre „von Interesse sein kann", bei Erlaß des Aktiengesetzes von 1884, als den Interessen der Gesellschaft zuwiderlaufend, bewußt ablehnte[3].

eine größere Deutlichkeit der Veröffentlichungen zu verlangen ist. Vgl. z. B. die Ausführungen zu IV und V.

[1] Sten. Prot. des Reichstags des Nordd. Bundes 1870 Bd. II S. 1066ff.

[2] Entsch. des ObTrib. Bd. 81 S. 381ff. Die Entsch. d. RG. in Strafs. Bd. XXI S. 173 enthält eine allgemeine Auslegung des § 314 Z. 1 nicht, nimmt aber auf diese Entsch. des ObTrib. Bezug.

[3] Begründung zum Entwurf I S. 357.

Eine so weite Auslegung würde auch in keinem Verhältnis zu dem Zwecke des Gesetzes stehen, das „Versuren" entgegentreten wollte, „die oft mit Scharfsinn und Geschäftsgewandtheit gemacht werden, um den wahren Stand der Sache zu verdunkeln, aber nicht gerade als Betrügereien unter das Strafgesetzbuch fallen."[1]

Die Aktiengesellschaft ist eine Kapitalgemeinschaft; ihr Zweck ist die Erhaltung des Kapitals und die Erzielung gewerblicher Erträgnisse. Das Publikum soll weder in der einen noch in der anderen Hinsicht getäuscht werden. Daher kommen, wie Ring[2] zutreffend hervorhebt, nur solche Tatsachen in Betracht, welche für die kapitalistische Grundlage oder für die Rentabilität der Gesellschaft von Belang sind. Aus diesem Grunde ist es nicht strafbar, wenn die Deckung einmaliger Verluste oder von Beamten begangener Unterschlagungen verschwiegen wird[3]. Denn nachdem die Deckung erfolgt ist, kommt weder der Verlust noch die Unterschlagung für das Kapital oder für die Rentabilität ferner in Betracht.

b) Aber für die Strafbarkeit muß noch ein Ferneres hinzukommen. Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung und Geschäftsbericht liegen vor und werden mit erläuternden Worten der Generalversammlung unterbreitet. Die Ergebnisse der Geschäftsführung werden hierdurch im wesentlichen bekannt gegeben. Im übrigen liegen die Einzelheiten der Geschäftsführung aber für die Generalversammlung hinter einem großen Schleier. Diesen Schleier zu lüften, sind die Organe nicht verpflichtet, ja im Interesse der Gesellschaft zumeist nicht einmal berechtigt[4]. Nur Trugbilder sollen sie nicht vorführen; die Bilder, die sie überhaupt zeigen, müssen vielmehr die Wirklichkeit widerspiegeln.

Deshalb setzt auch nach der Natur der Sache jede Bestrafung die Täuschungsabsicht voraus. Das Gesetz bestraft

[1] Motive (Drucks. des Reichstags 1870 Nr. 158) S. 659.

[2] Lehmann-Ring, HGB. I S. 628. So wohl auch Katz, Die strafrechtlichen Bestimmungen des HGB. 2. Aufl. (1902) S. 30.

[3] Es braucht auch in dem Geschäftsbericht einer großen Aktiengesellschaft nicht besonders hervorgehoben zu werden, wenn ein Beamter einige hundert oder tausend Mark unterschlägt und der Schade nicht gedeckt ist. Auf geringfügige Angelegenheiten bezieht sich der § 314 überhaupt nicht, da sie das Urteil über den Stand der Verhältnisse nicht beeinflussen können. RG. in Strafs. XXI S. 172.

[4] Daß unter diesen Umständen das Wort „verschleiern" in § 314 HGB. unglücklich gewählt ist, wurde schon mehrfach hervorgehoben, so von Keyßner und Katz a. a. O.

nicht „unrichtige“, sondern „unwahre“ Darstellung — nicht „Verhüllung“, sondern „Verschleierung“ des Standes der Verhältnisse. Es will nicht jeden unrichtigen Bericht, sondern die böslich „erfundenen Versuren“ treffen[1]. Bei der Beratung der Novelle wurde der Antrag Miquel, wonach hinzugefügt werden sollte „um die Gesellschafter zu täuschen“ mit Fug abgelehnt, weil dann Machenschaften zur Täuschung des Publikums vielfach nicht betroffen worden wären. Aber klar und ohne Widerspruch erklärte Lasker zu dem Miquelschen Antrag:

> Will er (Miquel) hinzufügen „um zu täuschen“, um den Dolus auszudrücken, so ließe sich der Vorschlag erwägen, obschon ich der Meinung bin, daß das Wort „Verschleiern“ dies vollständig ausdrückt[2].

Die Feststellung der Täuschungsabsicht muß um so mehr gefordert werden, als neuerdings in der Literatur der Versuch gemacht wird, den § 314 Z. 1 auf einen Tatbestand anzuwenden, der alles andere eher als Bestrafung verdient.

Es war von jeher der berechtigte Stolz solider Aktiengesellschaften, sog. stille Reserven durch Vornahme hoher Abschreibungen zu bilden, und in der Denkschrift zum HGB.[3] wird hervorgehoben:

> Diese Übung dient nur zur Stärkung des Unternehmens, und es besteht jedenfalls kein Anlaß, ihr durch gesetzliche Vorschriften entgegenzutreten[4].

Nun wird behauptet: Der Vorstand einer Aktiengesellschaft, der dies tue, verfalle dem § 314 Z. 1 HGB.[5]

Dies ist völlig unrichtig. Daß die Gesellschaft größere Abschreibungen machen kann als unbedingt nötig ist, weiß jedermann oder müßte es jedenfalls wissen; der Vorstand täuscht daher nicht, wenn er sie macht. In manchen Fällen sind diese Abschreibungen überdies so durchsichtig, daß man die Tatsache bei dem besten Willen nicht einmal übersehen kann: so namentlich, wenn, wie dies bei einzelnen großen Unternehmungen der Fall ist, ganze Fabriken mit 1 Mk. zu Buche stehen. Nur darf, wie Staub[6] zutreffend hervorhebt,

---

[1] Katz a. a. O. S. 29.
[2] Sten. Prot. 1870 Bd. 2 S. 1069.
[3] Reichstagsvorlage S. 50.
[4] Neukamp sieht hierin eine Durchbrechung des Prinzips der Bilanzwahrheit, Goldschmidts Ztschr. Bd. 48 S. 450ff.
[5] Katz, Strafrechtliche Bestimmungen des HGB. S. 30f. — Vgl. hierzu auch Neukamp a.a.O. S. 457f. Bedenklich auch Düringer und Hachenburg, HGB. I S. 158.
[6] HGB. 6. Aufl. § 314 Anm. 3.

durch die Vorlagen des Vorstands nicht der fälschliche Schein erweckt werden, als enthalte die Bilanz keine die Notwendigkeit überschreitenden Abschreibungen.

VII.

Die vorstehenden Betrachtungen sind nicht dazu bestimmt, gesetzgeberische Maßnahmen anzuregen.

Bezüglich des § 314 Z. 1 HGB. versuchen sie uferlose Auslegungen einzudämmen.

Die übrigen Vorschläge, die auf Änderung der Gepflogenheiten bezüglich der Handelsbücher, der Bilanzen, der Geschäftsberichte gerichtet sind, wollen lediglich eine Änderung der kaufmännischen Sitte anregen.

Die Gesetzgebung ist auf diesem Gebiete vielfach vom Übel gewesen[1]. Gerade bezüglich der Buchführung hat aber das neue HGB. mit vollem Bewußtsein die kaufmännische Sitte für maßgebend erklärt.

Aber diese Sitte ist entwicklungsfähig. Dies beweist gerade die Geschichte der Bilanz, die aus einer rein buchtechnischen Übertragungsformalität sich im Laufe der Jahrhunderte zu ihrer jetzigen materiellen Bedeutung erhoben hat.

Die Erfahrung hat indessen besonders in Deutschland gezeigt, daß die Entwicklung kaufmännischer Sitte durch gewaltsames Eingreifen des Gesetzgebers gestört wird, wenn die gewerblichen Berufsstände es nicht verstehen, die Flut, die sich in bewegten wirtschaftlichen Zeiten aufstaut, durch rechtzeitiges Eingreifen selbst abzulenken.

Hier liegt gewiß eine dankenswerte Aufgabe für die öffentlichen oder privaten Verbände vor, welche die Interessen von Handel und Gewerbe zu vertreten berufen sind.

Sie mögen die Schäden, die zutage getreten sind, untersuchen; sie mögen feststellen, inwieweit und wie eine Änderung der Gebräuche sich empfiehlt. Den eigenen Vertretern wird der Gewerbestand die Gefolgschaft nicht versagen.

Die einzelne Gesellschaft aber kann sich einer so in die Wege geleiteten Änderung der Gebräuche gar nicht entziehen. Dies

---

[1] Ein frühes Beispiel gibt uns ein florentiner Gesetz von 1299. Im dreizehnten Jahrhundert hatten die sog. arabischen Ziffern durch den Liber Abbaci des Lionardo Fibonacci im Abendland Eingang gefunden. Im Jahre 1299 wurde in Florenz der Gebrauch der arabischen Ziffern in der kaufmännischen Buchführung gesetzlich verboten! Cantor, Vorlesungen über Geschichte der Mathematik, 2. Aufl. II. S. 157.

zeigen die Vorgänge bei den Kreditgenossenschaften, bei denen die Angabe der Verpflichtungen aus weiterbegebenen Wechseln so allgemein geworden ist, daß man gegenüber Geschäftsberichten, die hierüber nichts enthalten, mißtrauisch geworden ist. Dies zeigen die Vorgänge bei der Veröffentlichung der Bilanzen der englischen Privatbanken: das Vorgehen einer Bank zwang alle anderen zur gleichen Veröffentlichung[1]. Dies zeigt schließlich die ganze Entwicklung des Aktienwesens, da der Geschäftsbericht, sowie die Bekanntgabe von Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung zunächst lediglich auf Gepflogenheit beruhte.

Würde es z. B. seitens der Vertreter des Handelsstandes als notwendig anerkannt werden, daß Aktiengesellschaften ihre Pfandschulden als solche in den Bilanzen zu erkennen geben, so würde die einzelne Gesellschaft, die dies unterläßt, voraussichtlich schwerer Kredit erhalten, weil das Vorhandensein großer Verpfändungen befürchtet werden würde.

Auch würden die Zulassungsstellen der Börsen in solchen Fällen die Zulassung von Aktien oder Schuldverschreibungen einer solchen Gesellschaft versagen können.

Jedenfalls ist zu hoffen, daß, wenn die Vertreter des Handelsstandes die Notwendigkeit einer Weiterentwickelung der kaufmännischen Gebräuche auf diesem Gebiete anerkennen, die Neuerungen nicht nur tatsächlich in Übung kommen, sondern als von den berufenen Vertretern der öffentlichen Meinung aufgestellte Postulate sich alsbald sozial verbindende Geltung verschaffen, d. h. zur kaufmännischen Sitte ausgestalten werden[2]. Dann wird sich von neuem bewähren, was Tacitus den Deutschen nachrühmt: plusque ibi boni mores valent quam alibi bonae leges.

---

[1] 1890 veröffentlichte ein Privatbankgeschäft seine Bilanz. Infolgedessen taten dies 1891 bereits 17 und 1892 40. Weber, Depositenbanken und Spekulationsbanken S. 207.

[2] Vgl. Ihering, Zweck im Recht II S. 240ff.



DAS VERWALTUNGSSTRAFRECHT IM VERHÄLTNIS ZUR MODERNEN STAATS- UND RECHTSLEHRE.

VON DR. JAMES GOLDSCHMIDT,



PRIVATDOZENT AN DER UNIVERSITÄT,
GERICHTSASSESSOR IN BERLIN.



Der in dem Streit von Arndt gegen Anschütz wieder neu entbrannte Kampf über die Bedeutung der Begriffe von „Rechtssatz" und „Verwaltungsvorschrift" hat anscheinend die Quelle des Verwaltungsstrafrechts, den Verwaltungsstrafrechtssatz, nicht in Mitleidenschaft gezogen. Vielmehr nimmt Arndt mit der herrschenden Lehre an, daß eine gerichtliche Strafe — und dazu gehört doch heute unzweifelhaft auch die Verwaltungsrechtsstrafe — nur auf Grund eines „Gesetzes" verhängt werden kann[1]. In der Tat erklärt Rosin[2], die Streitfrage sei für das Wesen der Polizeistrafverordnung, der wichtigsten Quelle des Verwaltungsstrafrechts, unerheblich. Verstößt nun die diesseits[3] aufgestellte Ansicht, daß der Verwaltungsstrafrechtssatz eine Verwaltungsvorschrift in Rechtssatzform sei, gegen die einhellige Ansicht der Staatsrechtslehrer? Diese Frage dürfte zu verneinen sein.

Zunächst präjudiziert die aufgestellte Ansicht in keiner Weise der rein staatsrechtlichen, insbesondere preußisch-staatsrechtlichen Frage, ob die Verwaltungsstrafrechtssetzung grundsätzlich Sache des „Gesetzes" im formellen Sinne des Wortes sei[4]. Lediglich darum handelt es sich, ob der Verwaltungsstrafrechtssatz auch ein Gesetz im materiellen Sinne, d. i. ein Rechtssatz, ist. Dies braucht keineswegs jeder zu bejahen, der jenes bejaht hat. Und zwar besteht diese Möglichkeit nicht nur für den, welcher mit Arndt[5] in Art. 8, 62 der preußischen

---

[1] Zeitschrift f. d. ges. Strafr.W. XXI 268.
[2] Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen, 2. Aufl. 1895, S. 33 Anm. 2 a. E.
[3] Verwaltungsstrafrecht, 1902, insbes. S. 192, 577; Archiv f. Strafrecht Bd. 49, S. 87; Dtsch. Jur.-Ztg. VII S. 213.
[4] Das im Verwaltungsstrafrecht S. 573 aufgeführte Argument, wenngleich schon dort nur adminikulierend für die sachliche Konstruktion der Verwaltungsstrafgewalt gedacht, fällt daher besser fort.
[5] a. a. O. S. 265; ders., Das selbständige Verordnungsrecht, 1902, S. 76.

Verfassung „Gesetz“ im formellen Sinne des Wortes versteht, vielmehr auch für den, welcher es mit der herrschenden Theorie[1] im materiellen Sinne auslegt; denn es ist nicht daran zu zweifeln, daß die konstitutionelle, auf französisch-belgischen Rechtsanschauungen fußende Ära den Verwaltungsstrafrechtssatz für einen „Rechtssatz“ sans phrase ansieht. Ist es doch gerade diese Ansicht, auf welche die Leugnung des generischen Unterschiedes von Justizstrafrecht[2] und Verwaltungsstrafrecht zurückführt. — Die Verwaltungsstrafrechtstheorie leugnet aber auch nicht einmal die Rechtssatznatur des Verwaltungsstrafrechtssatzes. Nur das allein behauptet sie, daß der Verwaltungsstrafrechtssatz ein Mixtum-Kompositum von Verwaltungsvorschrift und Rechtssatz sei, daß hierin sein Unterschied von den Justizstrafrechtssätzen wurzele, und daß deshalb die ein solches Mischgebilde nicht berücksichtigende staatsrechtliche, von Laband zur Herrschaft gebrachte Terminologie von materiellem und formellem Gesetz, materieller und formeller Verordnung eine entsprechende Modifikation erfahren müsse[3]. Diese Aufstellung dürfte keine „Negierung“[4], vielmehr eine Fortentwickelung der von der modernen Staatsrechtslehre aufgebauten Grundlagen der „Rechtsstaatsidee“ sein[5]. Die folgenden Zeilen sollen versuchen, das Verhältnis des Verwaltungsstrafrechts zur modernen Staats- und Rechtslehre in Kürze darzulegen. Die diesseits aufgestellte Theorie des Verwaltungsstrafrechts wird dabei eine wesentliche Vervollständigung, an manchen Punkten auch Berichtigung erfahren[6].

---

[1] Insbesondere Anschütz, die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königl. Verordnungsrechts nach preuß. Staatsrecht, 2. Aufl. 1901, S. 31, 32.

[2] Dieser Ausdruck dürfte vor dem im „Verwaltungsstrafrecht“ gebrauchten „Verfassungsstrafrecht“ den Vorzug verdienen. Es wird dabei angeknüpft an die treffende Gliederung des Staatsrechts durch Jellinek, Das Recht des modernen Staates, I. Bd.: Allgemeine Staatslehre, 1900, S. 353, 354, in Justizrecht, Verwaltungsrecht und Staatsrecht im engeren Sinne.

[3] Verwaltungsstrafrecht S. 194.

[4] So Lamp i. Arch. f. öff. R. XVIII S. 109, 110.

[5] Vgl. d. Verf. Besprechung von Otto Mayers Rektoratsrede „Justiz und Verwaltung“ im Verwaltungsarchiv XI 344.

[6] Hierbei wird den kritischen Bedenken Otto Mayers im Verwaltungsarchiv XI S. 348 ff. und Lamps i. Arch. f. öff. Recht XVIII S. 104 ff. vielfach Rechnung getragen. Der a. a. O. unternommene „Versuch einer Theorie des Verwaltungsstrafrechts“ sollte eben — vgl. Vorrede das. — wirklich nur ein solcher sein.

I.

Daß in den Polizeistrafverordnungen, dem Haupttypus der Verwaltungsstrafrechtssätze, eine polizeiliche Norm steckt, ist natürlich nicht neu; vielmehr wird es schon von Rosin[1] und Otto Mayer[2] mit aller wünschenswerten Bestimmtheit hervorgehoben. Diese Hervorhebung hat aber nicht vermocht, das Polizeistrafrecht vor einem Aufsaugen durch das Justizstrafrecht zu bewahren. Vielmehr erblickt Rosin in dem Polizeistrafrechtssatz einen gewöhnlichen Strafrechtssatz, dessen Norm — im Sinne Bindings — im Verwaltungsrecht zu suchen sei. Damit scheint aber noch nicht das letzte Wort gesprochen zu sein[3].

Man nehme eines der von Rosin selbst[4] angeführten Beispiele, die Norm des § 366 Nr. 6 StrGB.: „Du sollst Hunde nicht auf Menschen hetzen." Diese Norm ist nach Rosin „verwaltungsrechtlichen Charakters". Warum ist sie das, warum mehr als die Norm: „Du sollst nicht töten"? Als geschütztes Rechtsgut — wie in einer ganzen Reihe der von Binding[5] aufgeführten Normen — kommt die Polizei hier so wenig wie dort in Betracht. Es ist also offenbar, daß Rosin der Norm: „Du sollst Hunde nicht auf Menschen hetzen" nur deshalb einen verwaltungsrechtlichen Charakter beilegt, weil es sich um ein sogenanntes reines Ungehorsamsdelikt handelt, die von einem solchen übertretene Norm aber eine polizeiliche ist[6]. Also die übertretene Norm ist eine Polizei-, d. i. doch Verwaltungsvorschrift und kein Rechtssatz? Hierauf erwidert Rosin mit der herrschenden Staatsrechtslehre, daß im Rechtsstaat die Staatsverwaltung ihre Glieder als Persönlichkeiten anerkennt; daher seien die bei Strafe ge- oder verbietenden Polizeivorschriften grundsätzlich Rechtssätze. Insbesondere die Polizeistrafverordnungen „stellen die Ausübung eines den Polizeibehörden delegierten Gesetzgebungsrechts dar, kraft dessen dieselben befugt sind, Rechtsvorschriften zu erlassen, welche durch polizeiliche Gebote oder Verbote den Staatsbürgern gewisse Handlungen oder Unterlassungen befehlen, deren Übertretung mit öffentlicher Strafe

[1] Polizeiverordnungsrecht S. 24 ff.
[2] Deutsches Verwaltungsrecht I S. 119 ff., 273.
[3] Vgl. darüber bereits im Archiv f. Strafr. Bd. 49 S. 87 Anm. 16.
[4] a. a. O. S. 25.
[5] Normen, Bd. I., 2. Aufl., S. 66 ff.
[6] Vgl. dazu Binding, Normen, Bd. I, S. 409 Anm. 38.

bedroht ist“[1]. Die Polizeiverordnungen gehörten zu den „Rechtsverordnungen“.

Also „Rechtsvorschriften durch polizeiliche Gebote oder Verbote“! Und genau so sagt Otto Mayer[2]: „Die Verordnung als Willenserklärung eines Gliedes der vollziehenden Gewalt zur Ausübung der ihm übertragenen Fähigkeit, namens des Staats bindende Regeln aufzustellen, hat ihr wichtigstes Feld auf dem Gebiete der Polizei, wo sie ihrer Natur nach in Rechtssätzen zu wirken berufen ist. Diese Rechtssätze sind hauptsächlich Befehle. Wenn wir von Polizeiverordnung schlechthin sprechen, so verstehen wir darunter eine solche, die einen Polizeibefehlsrechtssatz enthält“. Also „Polizeibefehle durch Rechtssätze“! Die Grundthese der Verwaltungsstrafrechtstheorie, daß die in dem Verwaltungsstrafrechtssatz steckende Norm eine Mischung von Verwaltungsvorschrift und Rechtssatz sei, enthält mithin so wenig eine „leichtherzige Beiseiteschiebung“[3] der modernen Verwaltungsrechtslehre, daß sie vielmehr nichts als eine Wiederholung der Feststellung von zwei ihrer berufensten Vertreter ist. Die Neuerung besteht nur darin, daß die Verwaltungsstrafrechtstheorie in dieser Mischnatur der im Verwaltungsstrafrechtssatz steckenden Norm ein Moment erblickt, welches dieselbe von den reinen Rechtssatznormen des Justizstrafrechts und, weiter darauf fußend, das Verwaltungsstrafrecht selbst von dem Justizstrafrecht trennt[4].

Hier weicht nun in der Tat die herrschende Theorie ab. Wie schon aus den obigen Ausführungen Rosins ersichtlich, behauptet sie, daß die zur Rechtsverordnung gewordene Polizeiverordnung materiell nur noch Rechtssatz, d. i. rein formelle Verordnung sei, welche der materiellen, an die Behörden gerichteten Verwaltungsverordnung scharf entgegengesetzt werden müsse. Aber gerade zu diesem Standpunkt der herrschenden

[1] a. a. O. S. 36.

[2] Deutsch. Verw. R. I 273.

[3] So Lamp a. a. O. S. 110.

[4] Nicht eine Trennung des Verwaltungsstrafrechts vom Recht, sondern vom Justizstrafrecht ist — wie doch schon der Name sagt — das einzige Ziel der Verwaltungsstrafrechtstheorie. Das Ziel ist kein „doppeltes“, wie Lamp a. a. O. S. 104, 108, 109 annimmt; die bekämpften „Rechtstheorien“ sind die justizstrafrechtlichen Gefährdungstheorien. Die Devise lautet daher auch nicht: Los vom Verwaltungsstrafrecht, wie Otto Mayer im Verwaltungsarchiv XI S. 351 zu unterstellen scheint, sondern: Los vom Justizstrafrecht!

Ansicht hat schon Otto Mayer[1] treffend bemerkt: „Der Gegensatz Verwaltungsverordnung bringt uns in die schiefe Lage, daß wir eine für das Gebiet der Verwaltung ergehende Rechtsverordnung nicht mehr kurz Verwaltungsverordnung nennen dürfen, weil wir damit sofort schon erklärten, sie könne keine Rechtssätze enthalten". Hier liegt in der Tat der springende Punkt. Allerdings fordert die Rechtsstaatsidee die Umwandlung der Verwaltungsstrafgewalt in ein Verwaltungsstrafrecht, d. i. daß die den Untertanen bei Strafe ge- oder verbietenden Verwaltungsvorschriften Rechtssätze seien, aber mitnichten hören diese Rechtssätze auf, Verwaltungsvorschriften zu sein. In der Erzeugung einer solchen bisher freilich unerhörten Mischbildung zeigt sich gerade der Triumph der Rechsstaatsidee[2]. Otto Mayer ficht daher bereits die herrschende Terminologie, welche, nur ein schroffes Entweder-Oder von Verwaltungsvorschrift und Rechtssatz kennend, der Polizeiverordnung ihr Heimatsrecht als Verwaltungsverordnung abstreitet, lebhaft an.

Diese wesentlich staatsrechtlichen Feststellungen ergeben aber auf strafrechtlichem Gebiete, daß in dieser Doppelnatur der übertretenen Norm als Verwaltungsvorschrift und Rechtssatz das Wesen des von Binding so genannten reinen Ungehorsams zu suchen ist[3]. Nur die dem Verwaltungsstrafrecht zugrunde liegenden Normen[4] sind Rechtssätze mit der Verwaltungsvorschrift als Kern; die dem Justizstrafrecht zugrunde liegenden Normen sind reine Rechtssätze.

Was bedeutet nun aber dieser Normengegensatz? Bedeutet er eine Zerreißung des einheitlichen Staatswillens, einen Rückfall in „die längst überwundene Theorie von der Trennung der Gewalten"[5]?

Zunächst könnte es zweifelhaft erscheinen, ob die Theorie von der Gewaltentrennung wirklich „längst überwunden" ist. Vielmehr hat sie gerade in neuester Zeit wieder angesehene Verfechter gefunden[6]. Es hat aber in der Tat der behauptete

[1] a. a. O. I S. 126 Anm. 11.
[2] Deren „dürre Verwerfung" die Verwaltungsstrafrechtstheorie nach Lamp a. a. O. S. 110 angeblich sein soll.
[3] Vgl. freilich Binding selbst, Normen, I, 2. Aufl., S. 313 Anm. 1, S. 322 Anm. 8, S. 409.
[4] „Norm" wird hier wie im folgenden im Sinne Bindings im Gegensatz zum Strafrechtssatz selbst gebraucht.
[5] Lamp a. a. O. S. 109, 110.
[6] Genannt seien nur: Otto Mayer, a. a. O. I 68 ff.; Anschütz, Die

Normengegensatz nicht das mindeste mit jener Theorie zu schaffen; denn gerade er nimmt Verwaltungsvorschrift und Rechtssatz in materiellem Sinn ohne Rücksicht darauf, von welchen Organen diese Normen erlassen sind[1]. Ein solcher Gegensatz wird aber gerade von Gegnern der Theorie von der Gewaltentrennung, insbesondere von Laband, mit besonderer Schärfe betont. Es handelt sich also hier nicht um das Verhältnis verschiedener Staatsgewalten zueinander, sondern um das Verhältnis der einheitlichen Staatsgewalt zum Recht.

Es kann nun nicht die Aufgabe sein, diese schwierigste Frage der modernen Rechts- und Staatslehre hier grundsätzlich zu behandeln. Es ist bekannt, daß die Theorien über das Verhältnis von Staat und Recht, von Verwaltungsbefehl und Rechtssatz alle denkbaren Schattierungen aufweisen[2]. Die beiden Gegenpole dürften gekennzeichnet werden durch die Namen Zorn einerseits und Gierke andererseits. Nach Zorn[3] ist Staatsbefehl und Rechtssatz sachlich eines und dasselbe. Nach Gierke[4] sind Rechtssätze ihrem wesentlichen Kerne nach Vernunftaussagen, nämlich „Normen, die nach der erklärten Überzeugung einer Gemeinschaft das freie menschliche Wollen äußerlich in unbedingter Weise bestimmen sollen". Das Recht ist innere, der Staat äußere Macht. „Weder ist, wie das Naturrecht annahm, erst aus dem Rechte der Staat, noch, wie die Modernsten meinen, erst aus dem Staate das Recht geboren." Gierke betrachtet die Vorstellung, daß das Recht nichts als der nackte Staatswille sei, als eine „bedrohliche", welche die „Selbständigkeit des Rechts durch Verstaatlichung gefährde". Von den zwischen Zorn[5] und Gierke[6] Stehenden seien ge-

gegenwärtigen Theorien usw., a. a. O. S. 10; Arndt, Selbständ. Verordnungsrecht, a. a. O. S. 255.

[1] Verwaltungsstrafrecht S. 572 Anm. 117; Archiv f. Strafr., Bd. 49 S. 87 Anm. 16.

[2] Vgl. die übersichtliche Zusammenstellung bei Anschütz, Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz, Hall. Diss. 1891, S. 14 ff.

[3] Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, I, 2. Aufl. 1895, S. 392 ff., 481 ff.

[4] Deutsches Privatrecht, I, S. 113, 116, 118.

[5] Auf Zorns Standpunkt steht wesentlich Arndt. Vgl. auch Ihering, Zweck im Recht, 1, 2. Aufl. S. 234 ff. und Lasson, System der Rechtsphilosophie, 1882, S. 287 ff.

[6] Mit seiner Ansicht deckt sich im wesentlichen die von Richard Schmidt, Allgemeine Staatslehre, 1 (1901) S. 205. Gegen Gierke neuestens Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit, I (1903) S. 34 Anm. 1; vgl. dens. aber selbst S. 38.

nannt Georg Meyer[1], für den das Essentiale des Rechtssatzes die Allgemeinheit der getroffenen staatlichen Anordnung ist, Jellinek[2], nach welchem der Rechtssatz sich von den sonstigen staatlichen Normen durch seinen Zweck der Abgrenzung von Willenssphären unterscheidet; schließlich Laband[3], welcher wesentlich wie Jellinek definiert, aber, insoweit Gierke nahekommend, scharf zwischen dem Staat als Gestalter des Rechts und innerhalb des Rechts waltender Persönlichkeit unterscheidet.

Zorn kann grundsätzlich nicht zugestimmt werden. Mit Recht sagt Gierke[4]: „Der hohe Name" des Rechts hätte bei solcher Auffassung „nur noch die Bedeutung, die nackte Tatsache zu verhüllen, daß unter Menschen keine andere Ordnung als die Macht des Stärkeren über das Schwächere besteht". G. Meyers Kriterium des Rechtssatzes möchte durch die treffenden Ausführungen Rosins[5] wenigstens so weit widerlegt sein, daß die Allgemeinheit der Anordnung ein Naturale, aber kein Essentiale des Rechtssatzes bildet[6]. Auch Jellinek wahrt die Selbständigkeit des Rechts gegenüber dem Staatswillen nicht genügend. Aber selbst Laband begnügt sich, konsequent seiner insoweit wohl zu weit gehenden Methodik, mit dem formellen Kriterium des Rechtssatzes: der Willensabgrenzung, ohne dem Überzeugungsfaktor Beachtung zu schenken (was ihn eben gerade veranlaßt, die Polizeiverordnung nur als Rechts-, nicht auch als Verwaltungsverordnung anzuerkennen). Es ist danach der Auffassung von Gierke grundsätzlich zuzustimmen. Mit Recht faßt der mit Gierke übereinstimmende Richard Schmidt[7] die Gesetzgebung so auf, daß in ihr der Staat „seine überlegene Macht und Autorität zur Verfügung" stelle, „um den Normen oder Regeln, die in gärender und unklarer Form in den Moral- und Sittenanschauungen der Einzelbürger und Bevölkerungskreise wirksam sind, zu einer klaren, allgemein erkennbaren Form und einer

[1] Lehrb. d. dtsch. Staatsrechts, 5. Aufl. (1899), S. 22. Zwischen Zorn und G. Meyer stehen v. Martitz und Haenel. G. Meyer nahe steht Seligmann.

[2] Gesetz und Verordnung, 1887, S. 213ff.; ders., Staatslehre S. 329ff. Auf Jellineks Standpunkt steht im wesentlichen Anschütz a. a. O. S. 88.

[3] Staatsrecht, 4. Aufl., II (1901), S. 79, 168. An Laband hat sich Rosin a. a. O. im wesentlichen angeschlossen.

[4] a. a. O. S. 116.

[5] Polizeiverordnungsrecht, a. a. O. S. 6ff.

[6] Des Verf. Verwaltungsstrafrecht S. 549 Anm. 51.

[7] Staatslehre, a. a. O. S. 205.

bindenden Geltung zu verhelfen[1]. Wenn der Vergleich nicht zu gewagt erscheint, ist die staatliche Gesetzgebung der staatlichen Münzprägung zu vergleichen. Sowenig das staatliche Beglaubigungszeichen das Wesen der Münze ausmacht, erschöpft sich das Wesen des materiellen Gesetzes im Staatswillen.

Hiernach ist der Unterschied der Norm des Verwaltungsstrafrechtssatzes und der des Justizstrafrechtssatzes zu bestimmen. Beides sind Willensabgrenzungen. Aber lediglich die Norm des letzteren ist als echter Rechtssatz Vernunftaussage, Überzeugungserklärung. Diese ihre Natur offenbart sich darin, daß jede einzelne dieser Normen ein Verbot, Schaden zuzufügen oder Gefahren heraufzubeschwören (von Binding sog. Verletzungsverbote und Gefährdungsverbote), enthält, d. i. in ihrer von der herrschenden Ansicht sog. konkreten, materiellen Rechtsgüterschutzfunktion. In ihr zeigt sich das ethische Moment jener Normen, für welche — wenn auch nicht unbedingt für das ganze Recht — Jellineks[2] Wort von dem „ethischen Minimum" zutrifft. Dieses ethische Moment, in dem sich die Vernunftaussage spiegelt, fehlt der Norm des Verwaltungsstrafrechtssatzes; es ruht hier nur mittelbar in der Person des Normierenden, des Staats; in der einzelnen Norm vertritt seine Stelle der Verwaltungsbefehl: Stat pro ratione voluntas.

Kraft ihrer Doppelstellung als Verwaltungsbefehl und Rechtssatz bildet aber die Norm des Verwaltungsstrafrechts die Zwischenstufe zwischen der Norm des Justizstrafrechts, welche reiner Rechtssatz ist, einerseits und den Normen des staatlichen Disziplinarstrafrechts, welche reine Verwaltungsbefehle sind, andererseits. Denn daß die Normen des Disziplinarstrafrechts keine Rechtssätze sind, werden selbst diejenigen zugeben, welche, wie die Anhänger der organischen Staatstheorie, auch den Organen Persönlichkeit[3] und den Organisationsverord-

---

[1] Die von Lamp a. a. O. S. 109, 110 mit Recht angegriffene Konstruktion des Staats in seiner rechtsetzenden und rechtsprechenden Funktion als eines unselbständigen Erklärungsorgans des allgemeinen Willens (Verwaltungsstrafrecht S. 537) wird hiermit aufgegeben. Es bedarf ihrer zur Wahrung der Selbständigkeit des Rechts gegenüber dem Staatswillen nicht; und nur um diese war es zu tun.

[2] Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 1878, S. 42.

[3] Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887, S. 174, 683, 733; ders. bei Schmoller, VII 1139 ff.; Preuß ebenda XXVI 557 ff.; ders. bei Ihering, 2. Folge, VIII 429 ff.

nungen Rechtssatzqualität[1] beilegen. Rechtssatzmäßig ist hier nur den Beamten die Dienstpflicht auferlegt und dem Staate die Disziplinarstrafgewalt beigelegt (z. B. §§ 72ff. des Ges. betr. die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten vom 31. März 1873). Die einzelnen Normen, welche die Dienstpflicht regelmäßig konkretisieren, und deren Übertretung Disziplinarstrafe verwirkt, sind reine Verwaltungsnormen, Verwaltungsverordnungen oder Dienstbefehle. Diese Feststellung wirft aber ein weiteres helles Schlaglicht auf die Stellung des Verwaltungsstrafrechts: die Normen des Justizstrafrechts richten sich an die Individualpersönlichkeit, die des Verwaltungsstrafrechts an die Gliedpersönlichkeit, die des Disziplinarstrafrechts an das Organ, oder — wenn man so will — an die Organpersönlichkeit. Und auf diesem Normengegensatz ruht dann der Unterschied der Strafrechte selbst.

Die Gegenüberstellung ist des näheren auszuführen.

II.

Neuestens hat Preuß[2], in teilweisem Gegensatz zu Laband[3] und in Fortentwickelung eines schon früher einmal von v. Liszt[4] ausgesprochenen Gedankens, das Wesen des Disziplinarstrafrechts gegenüber Beamten in dem engeren Gewaltverhältnis des Verbandes gegenüber seinen Organen, das des Justizstrafrechts in dem weiteren Gewaltverhältnis des Verbandes gegenüber seinen Gliedpersonen gefunden. Hier übersieht Preuß die zwischen Disziplinar- und Justizstrafrecht stehende Zwischenstufe: das Verwaltungsstrafrecht. Um dieser Zwischenstufe gerecht zu werden, ist es zunächst erforderlich, von dem Strafrecht selbst zurückzugehen auf die Normübertretung, deren Ahndung jenes darstellt. Und eben da leuchtet es ein, daß das Justizstrafrecht ahndet die Übertretung von Normen, welche sich nicht an die Gliedpersönlichkeiten, sondern an die Individualpersönlichkeiten richten. Es sind das die oben charakterisierten Verletzungs- und Gefährdungsver-

[1] So Preuß in Hirths Annalen Bd. 36 (1903) S. 522ff. (44. Jahresbericht der Jurist. Gesellschaft, S. 43ff.).
[2] Das städtische Amtsrecht in Preußen, 1902, S. 322ff.
[3] Staatsrecht a. a. O., I, S. 453ff.; ders. — gegen Preuß — im Arch. f. öff. R., XVIII, S. 75.
[4] Holtzendorffs Rechtslexikon, Art. Ordnungs- und Disziplinarstrafen.

bote, deren Übertretung stets eine Rechtsgüterverletzung oder -gefährdung einschließt und sich daher als ethisch-rechtliche Pflichtverletzung darstellt. Diese ethischen Pflichten, welche die Normen rechtlich sanktionieren, und deren alleinige Berücksichtigung eben diese Normen als den reinsten Typus der sog. verpflichtenden[1] Rechtssätze erscheinen läßt, sind die Anforderungen, welche vom Standpunkt der menschlichen Gesellschaft an ihre Mitglieder, als an vernünftig wollende Individuen, gestellt werden; sie bilden das notwendige Korrelat der gesellschaftlichen Anerkennung des Individuums als Persönlichkeit, als Träger von Rechten[2].

Das Verwaltungsstrafrecht des Staates dagegen richtet sich gegen die Übertretung von Normen, welche nicht die innere ethische Überzeugung der Gemeinschaft, sondern der Wille des Staates erzeugt hat. In ihnen spricht nicht die innere Macht gemeinsamer Überzeugung zu dem Individuum, sondern die äußere Macht des Verbandes zu dem Gliede. Mit der rechts-

[1] Es wird im Text die Einteilung der Rechtssätze bei Gierke, Dtsch. Priv.-R. I, S. 124, in gewährende (ermächtigende, erlaubende), verpflichtende (ge-, verbietende) und deutende (oder entwickelnde) angenommen mit der Maßgabe, daß die gewährenden Rechtssätze geradezu „berechtigende" genannt werden. Diese Einteilung weicht ab einmal von denen, welche in jedem Rechtssatz einen Imperativ erblicken, insbesondere Thon, Rechtsnorm u. subj. Recht, 1878, S. 2ff.; Bierling, Jurist. Prinzipienlehre, I, 27ff.; neuestens wieder Hold v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit, 1903, S. 98ff. Sie weicht aber auch ab von Thöl, Einl. in d. dtsch. Priv.-R. 1851, §§ 33—36, welcher berechtigende, verneinende und begriffsentwickelnde unterscheidet, wovon die berechtigenden aber die gewährenden und verpflichtenden Gierkes umfassen, und für die verneinenden, die Gierke a. a. O. Anm. 5 mit Recht zu den entwickelnden zählt, eine besondere Kategorie gebildet ist. Auf dem Standpunkt Thöls steht Binding, Hdb. I 157, 181; Normen I 19, 96ff. mit der Maßgabe, daß er die berechtigenden Rechtssätze „bejahende" nennt und sie scharf in gewährende einerseits und Ge- und Verbote (Normen) andererseits zerlegt.

[2] Daß für die sozialen Funktionen der Ethik und des Rechts das Individuum nie als isoliert erscheint, wird hierdurch nicht nur nicht geleugnet, sondern besonders betont. Treffendes darüber bei Jellinek, Sozialethische Bedeutung usw. a. a. O. S. 15ff., 26ff., 29; auch bei Kistiakowski, Gesellschaft und Einzelwesen, 1899, S. 103. Individuum und Glied als Gegensätze können für das Recht nur bedeuten den Gegensatz des Verhältnisses der Gleichgeordneten untereinander und des Untergeordneten zum Übergeordneten. Am treffendsten tritt das in Gierkes Rektoratsrede, Das Wesen der menschlichen Verbände, 1902, am Schlusse (S. 31, 32) bei seiner Erwähnung Tolstois hervor. Die an die Individualpersönlichkeit gerichteten Normen des Justizstrafrechts enthalten die rechtliche Sanktion des Minimums der ethischen Pflicht der Nächstenliebe. Sie würde Tolstoi gelten lassen, wogegen er die weiter unten zu besprechende Garantie dieser Individualpflichten durch das dem Gliedschaftsverhältnis entspringende Justizstrafrecht verwirft. In der Garantie der Individualpflichten und -rechte durch das Gliedschaftsverhältnis tritt ihre soziale Natur besonders zutage.

staatlichen Anerkennung der Persönlichkeit auch des Gliedes, werden auch diese Verwaltungsnormen zu Rechtsnormen, insoweit sie als Veraussetzung des Strafrechts, d. i. rein verpflichtend, wirken sollen. Materiell unterscheiden sie sich aber von den Normen des Justizstrafrechts, wie die Gliedpersönlichkeit von der Individualpersönlichkeit. Ihre Übertretung ist nicht in jedem einzelnen Fall ethisch-rechtliche Pflichtverletzung, sondern reiner Ungehorsam gegenüber den rechtlich sanktionierten Verwaltungsbefehlen. Die auch bei letzterem infolge der sittlichen Natur des befehlenden Staats verletzten ethischen Individualpflichten, z. B. bei den Polizeibefehlen, „Störungen der guten Ordnung zu vermeiden"[1], verschwinden und müssen aus diesseits wiederholt[2] angeführten Gründen verschwinden hinter der Verletzung der gliedschaftlichen Gehorsamspflicht.

Statt dessen enthält jede Verwaltungswidrigkeit im Gegensatz zu der Pflichtwidrigkeit — wie die Übertretung der Normen des Justizstrafrechts statt des vieldeutigen Ausdruckes: Rechtswidrigkeit hier lieber genannt werden soll — gleichzeitig eine Verletzung subjektiven Rechts[3], nämlich des Rechts des Staats auf Gehorsam[4]. Nicht als ob die übertretene Norm des Verwaltungsstrafrechts zugleich ein dies Gehorsamsrecht schützender, also berechtigender, oder auch nur im Sinne Bindings[5] ein „bejahender" Rechtssatz wäre. Im Gegenteil! Insoweit in der Norm des Verwaltungsstrafrechts ein Rechtssatzelement steckt, kommt es allein als rein verpflichtender Rechtssatz in Betracht; der das Botmäßigkeitsrecht des Staats schützende, berechtigende Rechtssatz ist der rechtlichen Anerkennung des Staates immanent. Vielmehr nur, weil jede Übertretung solcher Norm eben die Übertretung eines Verwaltungsbefehls ist, d. i. einer Gel-

[1] Otto Mayer, Dtsch. Verw.-R. I, S. 319.

[2] Verwaltungsstrafrecht S. 351, 545; Archiv f. Strafrecht, Bd. 49, S. 85. Dies übersieht Beroizheimer, Die Entgeltung im Strafrecht, 1903, S. 255 ff. bei seiner Polemik gegen mich. Seinen Ausführungen ist im übrigen vielfach zuzustimmen. Beiläufig, wenn B. unterstellt, ich leugnete die Existenz abstrakter Gefährdungsverbrechen, so beruht das auf einem Mißverständnis. Die von ihm a. a. O. S. 262 Anm. 1 a. E. an mich gerichtete Frage findet er im Archiv f. Strafr., Bd. 49, S. 88 bereits in seinem Sinne beantwortet.

[3] Der Ausdruck Rechtsverletzung wird nur der Breviloquenz halber gebraucht, denn es ist vollkommen zuzustimmen den Ausführungen Bindings, Normen I, S. 295—298, daß nicht das subjektive Recht selbst, sondern nur der demselben entsprechende tatsächliche Zustand verletzbar ist.

[4] Vgl. darüber Jellinek, System der subj. öff. Rechte, 1892, S. 187 ff.

[5] Hdb. I, S. 181; Normen I, S. 96 ff.

tendmachung des staatlichen Gehorsamsrechts. Wie auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts die Rechte des Staats und seiner Organe stets zugleich Pflichten sind[1], so ist die Verwaltungswidrigkeit, das öffentlichrechtliche Unrecht, stets zugleich fähig, als Rechts- oder Pflichtverletzung in Betracht zu kommen. Fähig, denn der das ganze Recht durchziehende Gegensatz der berechtigenden und verpflichtenden Rechtssätze, je nachdem es auf den Rechtsschutz oder die Pflichteinschärfung vorwiegend ankommt, zeigt sich auch hier: Nur insoweit die Verwaltungsbefehle rein verpflichtend wirken sollen, was sich juristisch exakt stets nur aus der Rechtsfolge[2], also hier dem Strafrecht, ermitteln läßt, ergehen sie in Rechtssatzform (Gesetz oder Verordnung). Insoweit sie vorwiegend als Geltendmachungen subjektiven Rechts in Frage kommen, was sich aus der Erfüllungszwangsfolge ersehen läßt, bewendet es bei der Rechtsgeschäftsform der Verfügung[3].

Aus dem Gesagten ergibt sich schon die Stellung des Verwaltungsstrafrechts zu Bindings Normentheorie. Die von Binding durchgeführte scharfe Trennung der Norm als des verpflichtenden und des Strafrechtssatzes als des berechtigenden Rechtssatzes dürfte die Grundbedingung jeder weiteren strafrechtswissenschaftlichen Erkenntnis sein. Dagegen sind nur die Normen des Verwaltungsstrafrechts, und auch diese nur qua Verwaltungsbefehle, nicht qua Rechtssätze als Geltendmachungen des staatlichen Gehorsamsrechts, nicht als dasselbe schützende, also berechtigende Rechtssätze anzuerkennen[4]. In dem Augenblicke, da Binding der Ansicht beitrat, daß jedes Unrecht wider subjektive Rechte laufen müsse[5], hatte er auch schon das fruchtbarste Ergebnis der Normen-

---

[1] Vgl. Jellinek, System 190; Staatslehre 516; Preuß bei Ihering a. a. O. 455.

[2] Die Heranziehung der Rechtsfolgen zur Ergründung der Unrechtsnatur ist der unverlierbare Fortschritt, den die juristische Methode Adolf Merkel zu verdanken hat.

[3] Vgl. Laband, Staatsrecht II 178 ff.

[4] Vgl. Archiv f. Strafrecht, Bd. 49, S. 88 l. d. Anm. Ähnlich schon Löffler, Die Schuldformen des Strafrechts, 1895, S. 31 bez. des auch Verwaltungsstrafrecht § 1 als Urtypus des Verwaltungsstrafrechts hingestellten fränkischen Bannstrafrechts.

[5] Insbesondere Normen I 295 ff. Diese Ansicht ist auch im Verwaltungsstrafrecht, insbesondere S. 239 Anm. 37, S. 531, 532 vertreten. Sie läßt sich — vgl. daselbst S. 531 Anm. 7 — nur durch Verlegenheitskonstruktionen halten, die sich auch wieder bei Hold v. Ferneck a. a. O., S. 146 finden. Diese Ansicht ist aufzugeben. Für sie neuestens wieder Eltzbacher, a. a. O. S. 101 ff.

theorie paralysiert, nämlich, daß die Norm des Justizstrafrechts der reinste Typus des verpflichtenden Rechtssatzes, die Normübertretung, d. i. das Delikt (Verbrechen), wesentlich Pflichtverletzung[1] ist. Denn in diesem Augenblick ergab sich für Binding, der klar erkannt hatte[2], daß die durch das Verbrechen beschädigten oder gefährdeten Güter keineswegs immer die Objekte subjektiver Rechte sind, die Notwendigkeit, nach einem subjektiven Recht zu suchen, gegen welches das Verbrechen läuft. Als solches bot sich ihm das staatliche Gehorsamsrecht, und deshalb ist ihm die Norm auf einmal nicht mehr rein verpflichtender, sondern ein dem öffentlichen Rechte angehörender[3], weil das subjektive öffentliche Recht des Staats auf Botmäßigkeit schützender, d. i. also doch wieder berechtigender[4] Rechtssatz, das Verbrechen Verletzung eines öffentlichen Rechts. Diese Konstruktionen sind es aber im wesentlichen, welche Binding den Vorwurf des Formalismus[5] eingetragen und seiner Theorie — zum Schaden der Wissenschaft damit auch ihren Ausgangspunkten — die Anerkennung geraubt haben. Ihm entschwand dabei unter den Händen der ethische Kern seiner Normen, und der nackte Ungehorsam blieb zurück[6]. Was Binding selbst in so schlagender Weise[7] den Anhängern der reinen Imperativentheorie, wie Thon und Bierling, zu-

[1] Binding, Normen, I 101ff., 243ff., 301, 310; II 1ff. Auf diesem Wege schon Heyßler, das Zivilunrecht und seine Formen, 1870, und in diesen Bahnen jedenfalls auch die Anhänger Merkels, insbesondere — ex professo — Liepmann, Einleitung in das Strafrecht, 1900, S. 17.

[2] Normen I 342.

[3] In anderem, wenngleich zu der im Text bekämpften Auffassung bereits hinneigendem Sinne bezeichnet noch die 1. Aufl. von Bd. I der Normen S. 144 die Norm als „öffentlichrechtlich". Überhaupt ist Binding im wesentlichen erst in der 2. Aufl. von Bd. I der Normen den Weg gegangen, auf welchem ihm wenigstens für das Justizstrafrecht nicht mehr gefolgt werden kann.

[4] Binding (Hdb. I 181; Normen I 96ff.) setzt freilich, unter Abweichung von der Thölschen Terminologie, statt „berechtigender Rechtssatz" bejahender Rechtssatz, weil ihm die Anwendung der Bezeichnung: „berechtigender Rechtssatz" auf seine Norm selbst bedenklich ist. Aber sachlich hat er seine Norm, den rein verpflichtenden Rechtssatz, doch in dem Subordinationsverhältnis zu den berechtigenden Rechtssätzen gelassen, in dem sie sich noch bei Thöl befindet.

[5] Vgl. besonders Merkel, Lehrb. d. deutsch. Strafr., 1889, S. 15, 16; v. Liszt i. d. Ztschr. f. d. ges. Strafr.Wiss. Bd. VI 663ff., Liepmann, Einl. a. a. O. S. 12; Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, I (1903), S. 46.

[6] Insoweit gegen Binding neuestens auch Berolzheimer, a. a. O., S. 185.

[7] Normen I S. 105, 106.

ruft, sie seien außerstande, mit jenen „monotonen“ Normen „ein reich entwickeltes System subjektiver Rechte zu verbinden“, eine „öde Eintönigkeit“ lege „sich über die Rechtswelt“, das muß seiner eigenen Auffassung von den Normen des Strafrechts entgegengehalten werden: er ist außerstande, ein reich entwickeltes System subjektiver Pflichten zu erklären, alle Pflichten ersticken in der niedrigsten aller: der gliedschaftlichen Gehorsamspflicht[1]. Es zeigt sich hier wieder das Verhängnisvolle der Ansicht, der Binding[2], wie Jellinek, zuneigt, das Recht in zu große Abhängigkeit vom Staatswillen verfallen zu lassen. Nur so konnte ihm die einzelne Norm als „Garantiegesetz“[3] eines staatlichen Gehorsamsrechts erscheinen, eine Konstruktion, gegen die sich neuestens auch Kohlrausch[4] erklärt. Keiner war wie Binding, nachdem er die Norm des Strafrechts als den rein verpflichtenden Rechtssatz nachgewiesen hatte, berufen, einen Aufbau des Strafrechts auf die „Quaderfundamente“ der zur rechtlichen gewordenen sittlichen Pflicht, des Verbrechens als reiner Pflichtverletzung aufzurichten; er hat es statt dessen aufgebaut auf eine „wichtige Unterart“ des „öffentlichen Unrechts“[5], m. a. W. auf die Verwaltungswidrigkeit[6].

[1] Vgl. Binding selbst, Normen, I S. 320 Anm. 7. So unterscheidet auch Jellinek, System S. 188 das „gehorchende“ und das „sich sittlich frei entschließende Individuum“. „Gehorchen“ tut aber eben nie das „Individuum“, sondern das Glied.

[2] z. B. Normen I S. 18.

[3] Normen I S. 299.

[4] a. a. O. S. 45. Ebenso Hold v. Ferneck a. a. O. S. 223. Auf das a. a. O. Anm. 1 von Kohlrausch aufgeworfene Bedenken, ob denn das Recht auf Botmäßigkeit überhaupt des Schutzes durch berechtigende Rechtssätze fähig sei, ist zu erwidern: das in den Normen des Verwaltungsstrafrechts sich äußernde ja, das Bindingsche nein; denn für die Wirksamkeit von Verwaltungsbefehlen kann es einen Rechtssatzschutz geben, nicht aber für die von Rechtssätzen selbst. Damit entfällt aber eben überhaupt die Möglichkeit eines „Rechts“ auf Gehorsam gegenüber Rechtssätzen. Daß dieses „Recht“ eine bloße „logische Kategorie“ (so Nagler, die Teilnahme am Sonderverbrechen, 1903, S. 5) sei, wird man nicht behaupten können; denn Binding hat die schwerwiegendsten Folgerungen daraus für das Wesen von Delikt und Strafe gezogen. Gegen Bindings „Recht“ neuestens auch Eltzbacher a. a. O. S. 102 Anm. 1. — Auf die von Kohlrausch weiter gegen Binding gezogenen Folgerungen kann hier nicht eingegangen werden.

[5] Normen I S. 301. Hiergegen schon Verwaltungsstrafrecht S. 541 Anm. 29. Dagegen ist zugleich mit der Ansicht, jedem Unrecht sei die Richtung wider subjektive Rechte wesentlich, die daselbst akzeptierte herrschende Verbrechensauffasung aufzugeben, und die Normentheorie in ihren Ausgangspunkten, so wie sie sich in der 1. Aufl. der Normen ankündigte, anzunehmen. Von weiteren Ausführungen muß hier abgesehen werden.

[6] Verwaltungsstrafrecht S. 566.

Denn für das Verwaltungsstrafrecht trifft Bindings Konstruktion ohne Einschränkung zu. Für seine Normen bildet das Staatsverhältnis den alleinigen Rechtsgrund. Jede Verwaltungswidrigkeit verletzt das staatliche Gehorsamsrecht, nicht etwa weil und insoweit jede Norm des Verwaltungsstrafrechts Rechtssatz ist, sondern obgleich sie es ist, weil und insoweit sie zugleich Verwaltungsbefehl ist. Nicht von ungefähr ist „der Hochsitz" der Bindingschen Normen im „Verwaltungsrecht"[1].

Sind danach also die Normen des Justizstrafrechts reine Rechtssätze, die des Verwaltungsstrafrechts halb Rechtssätze, halb Verwaltungsbefehle, so sind die Normen des Disziplinarstrafrechts — wie bereits gesagt — reine Verwaltungsbefehle. Die Anerkennung der Persönlichkeit des Individuums und Gliedes, welche jene Normen in der geschilderten abgestuften Weise als Rechtssätze erscheinen läßt, ist dem Organ gegenüber nur insoweit zum Ausdruck gekommen, daß die staatliche Disziplinarstrafgewalt im allgemeinen staatsrechtlich (in Disziplinar- und ähnlichen Gesetzen) geregelt ist. Innerhalb dieser staatsrechtlichen Grenzen sind aber die einzelnen Organschaftspflichten weder als solche, noch als Voraussetzungen des Disziplinarstrafrechts rechtlich normiert. Es gibt zwar ein subjektives, aber kein objektives Disziplinarstrafrecht, m. a. W.: für das Disziplinarstrafrecht gilt nicht der Satz: Nulla pœna sine lege[2]. Vielmehr kann der Ungehorsam gegen jeden Dienstbefehl, jede Verwaltungsverordnung Disziplinargrund werden. Ja, es wird nicht einmal immer eines solchen bedürfen, sofern sich aus der allgemeinen Auffassung der Amtspflicht klar ergibt, was dieselbe im Einzelfalle zu tun oder zu lassen erheischt. Hierzu ist auch die Pflicht des Beamten zu achtungswürdigem Verhalten außerhalb des Dienstes zu zählen[3]. Die Disziplinarstrafgewalt weist noch die Urformen der Verwaltungsstrafgewalt auf[4]. Der Grund liegt auf der Hand; er wurzelt in der Eigentümlichkeit der Organstellung

---

[1] Normen I 97. Man beachte auch die analogen Schuldlehrenergebnisse (Bewußtsein der Rechtswidrigkeit — Normen II 486ff. — und — Verwaltungsstrafrecht § 30 — Bewußtsein der Verwaltungswidrigkeit).

[2] Über diesen Unterschied vgl. O. Mayer, Dtsch. Verwaltungsr. I 306, 307; d. Verf. Verwaltungsstrafrecht S. 190ff., 553. Vgl. auch Labes in Hirths Annalen 1889, S. 259.

[3] Vgl. Harseim in Stengels Wörterbuch des Verwalt.-R., Art. Disziplin, § 3; Laband, Staatsrecht I 457, 458.

[4] Verwaltungsstrafrecht, S. 184, 549ff., 561 Anm. 82.

und in dem durch sie bedingten engeren Gewaltverhältnis[1]. Daß natürlich die Pflichtverletzung des Organs stets zugleich Rechtsverletzung des staatlichen Rechts aus dem Amte ist[2], Voraussetzung der Strafe und des Erfüllungszwanges hier völlig zusammenfallen, wird kaum der Hervorhebung bedürfen.

III.

Es sind nun eine Reihe von Einwänden zu gewärtigen, ja selbst zu erheben, welche sich gegen die aufgestellte Theorie des Verhältnisses der Normen des Justizstrafrechts, Verwaltungsstrafrechts und — sit venia verbo — Disziplinarstrafrechts richten. Einen derselben hat bereits Preuß[3] im wesentlichen zutreffend gewürdigt. Wie sind die doch justizmäßig zu ahndenden Amts- und — wie zu ergänzen ist — Staatsverbrechen zu erklären? Sie sind doch sicherlich weder Disziplin-, noch Verwaltungswidrigkeiten und fallen doch anscheinend den Organen und Gliedpersonen zur Last. Aber doch nur anscheinend, denn die Normen des Justizstrafrechts, welche jene Verbrechen verbieten, sind nicht vom Staat an das Organ oder an die Gliedpersönlichkeit als solche gerichtete Verwaltungsbefehle; vielmehr richten sie sich an die Individualpersönlichkeit in ihrer Eigenschaft als Subjekt eines bestimmten Pflichtenkreises[4]. Sie sind echte Rechtssatznormen, weil Vernunftaussagen mit unmittelbar ethischem Inhalt. Die Verwaltung ist bei ihnen mindestens kraft des zwischen Verwaltungs- und Rechtsnormen bestehenden Abschichtungsprozesses aus einem „formellen Elemente ein materielles" geworden[5]. Am klarsten kommt dies bei Bindings treffender Eingliederung der Amtsverbrechen unter die Sonder-, speziell Standesverbrechen[6] zum Ausdruck.

Ein weiterer Einwand geht dahin, daß doch das Disziplinarstrafrecht sich nicht notwendig gegen Gliedpersonen, zum min-

[1] Vgl. Preuß, Städt. Amtsrecht, 326.

[2] So im Ergebnis auch Rehm in Hirtha Annalen, 1885, S. 194.

[3] Amtsrecht S. 325.

[4] Gierke, Genossenschaftstheorie S. 661 Anm. 1, S. 710 Anm. 1 erkennt dies noch nicht an.

[5] Verwaltungsstrafrecht S. 577. Die daselbst S. 541, 542 sich findende Erklärung der Staatsverbrechen aus dem Rechtszweck des Staates scheint, zumal nach dem oben über das Verhältnis von Staat und Recht Bemerkten, bedenklich und unnötig.

[6] Lehrb. Besond. Teil, Bd. I (2. Aufl. 1902), S. 7. Ebenso Beling, Grundzüge des Strafrechts, 2. Aufl., 1902, S. 103. Vgl. Nagler, a. a. O. S. 18ff.

desten nicht notwendig gegen Organe zu richten brauche. Man denke einerseits an die Disziplinargewalt des Dienstherrn über das Gesinde, des Arbeitgebers über den Arbeiter[1], andererseits an die der Kirche gegenüber ihren Angehörigen, der Universität gegenüber den Studierenden[2]. Was das erste Bedenken anlangt, so liegt auch in diesen Fällen, gerade wie z. B. bei der Disziplinargewalt des Familienhauptes gegen Familienglieder, des Lehrers gegen Schüler, des Lehrherrn gegen den Lehrling, des Schiffers gegenüber der Schiffsmannschaft mindestens ein unentwickeltes sozialrechtliches Gewaltverhältnis vor[3]. Das zweite Bedenken ist dagegen sicherlich begründet. Nur beweist es nichts gegen die hier vertretene Auffassung, vielmehr nur, daß die Grenzen zwischen Disziplinar- und Verwaltungsstrafrecht, zwischen Organen und Gliedpersonen ebenso flüssige sind, wie die zwischen Verwaltungs- und Justizstrafrecht, zwischen Glied- und Individualpersonen. Schon Jellinek weist treffend auf das Bestehen solchen Disziplinarstrafrechts, das kein eigentliches mehr ist, hin: „Der Soldat, der Strafgefangene, der Zeuge können ihrem speziellen Verhältnis zum Staate entspringenden Ordnungsstrafen unterliegen, die den Polizeistrafen des allgemeinen Strafrechts verwandt und wie diese zu seiner Ergänzung bestimmt sind“[4]. Jellinek greift an dieser Stelle geradezu der Verwaltungsstrafrechts-Theorie vor. Besonders bezeichnend ist für die Flüssigkeit der Grenzen zwischen Gliedperson und Organ, zwischen Verwaltungs- und Disziplinarstrafrecht der Soldat und das Militärdisziplinarstrafrecht. Die militärischen Verbrechen und Vergehen des Mil. StrGB. sind echte Verbrechen, nämlich Standesverbrechen, welche aber, wie alle Straftaten der Militärpersonen, von Sondergerichten abgeurteilt werden. Das Disziplinarstrafrecht ahndet „Handlungen gegen die militärische Zucht und gegen die Dienstvorschriften, für welche die Militärgesetze keine Strafbestimmungen enthalten“ (§ 1 Nr. 1 der Disziplinar-Strafordnung für das Heer). Daneben unterliegen der Disziplinarbestrafung leichte militärische Vergehen (§ 1 Nr. 2 der Disziplinar-Strafordnung; § 3 EG. z. Mil. StrGB.). Danach betrachtet die herrschende Meinung das mili-

[1] Jellinek, System S. 203.
[2] Jellinek a. a. O. S. 205; Binding, Grundriß, Allg. Teil, 6. Aufl. 1902, S. 188.
[3] Vgl. Preuß bei Ihering 2. Folge, VIII (1902) S. 471; aber auch Jellinek, System, S. 203.
[4] Jellinek, System, S. 205 Anm. 1.

tärische Disziplinarstrafrecht einfach als Bagatell-Justizstrafrecht[1]. Man kann aber nur sagen, daß der militärischen Disziplinarbestrafung leichtere militärische Vergehen unterliegen. Im übrigen ist das militärische Disziplinarstrafrecht zwar, da der Soldat an sich vorwiegend[2] nur speziell subjizierte Gliedperson und noch nicht Organ ist, kein eigentliches Disziplinar-, aber doch Verwaltungsstrafrecht[3]. Reines Disziplinarstrafrecht ist nur das ehrengerichtliche Verfahren gegen Offiziere[4].

Dabei gelangt man zu einem dritten zu erwartenden Einwand. Das militärische Disziplinarstrafrecht soll vor allem deshalb kein Disziplinarstrafrecht sein, weil für das Verhältnis der Militärjustiz und Militärdisziplin zueinander der Satz: Ne bis in idem gilt, während dies sonst bei dem Verhältnis von Justiz und Disziplin zueinander nicht der Fall ist[5]. Erschüttert nicht die Geltung dieses Grundsatzes im Verhältnis von Justiz- und Verwaltungsstrafrecht überhaupt die ganze behauptete Selbständigkeit des Verwaltungsstrafrechts? Schwerlich! Zunächst ist der Satz Ne bis in idem ein prozessualer[6] und kein materiellrechtlicher Grundsatz, beweist also für das Verhältnis von Justiz- und Verwaltungsstrafrecht gar nichts. Was aber das Verfahren anlangt, so fristet im Zivilverfahren das Verwaltungsstrafverfahren sein Leben nur als Verfügungs-, Bescheids- oder Submissionsverfahren. Grundsätzlich und definitiv ruht die Handhabung auch der Verwaltungsstrafgewalt in den Händen der Justiz. Daher konsumiert eine justizmäßige Freisprechung oder Verurteilung stets auch eine etwaige verwaltungsmäßige; und wo umgekehrt ausnahmsweise die Verwaltung ihre Strafgewalt selbst ausübt, geschieht dies stets nur vorbehaltlich der Strafjustiz. Dies zeigt sich z. B. in dem preußischen Gesetz betreffend die polizeilichen Strafverfügungen vom 23. April 1883 § 10 darin, daß die Polizeistrafverfügung nicht nur einem Justizstrafverfahren nicht präjudiziert, sofern sich die Tat als ein Verbrechen oder Vergehen darstellt, sondern daß in diesem Fall die Polizeiverfügung einfach außer Kraft tritt[7]. Im Militär-

[1] Laband, Staatsrecht I., S. 455 Anm. 2; Arndt in der Ztschr. f. d. ges. Strafr.-Wiss. XXI S. 282. Anders Nagler, a. a. O. S. 24ff., 118.

[2] Man denke immerhin an StrGB. § 113 Abs. 3.

[3] Vgl. darüber schon Verwaltungsstrafrecht, S. 550 Anm. 54.

[4] So auch Arndt a. a. O.

[5] Laband a. a. O.

[6] Vgl. Bennecke-Beling, Lehrb. d. deutsch. Reichsstrafprozeßrechts, 1900, S. 409.

[7] So gibt es denn auch in Preußen in Strafsachen keinen Kompetenzkonflikt zwischen Justiz und Verwaltung.

strafverfahren stellt sich gerade umgekehrt der dem Verwaltungsstrafverfahren gleichzuachtende Disziplinarweg, wie er ja auch Bagatelljustizstrafsachen umfaßt, als eine Bagatell-Justizstrafgerichtsbarkeit dar. Die Ahndung im Disziplinarwege hat in den ihr unterfallenden Sachen stets den Vorrang (Mil. StrGO. § 251) und schließt ein nochmaliges Einschreiten der Militärjustiz aus (Mil. StrGO. § 157). Dies hängt damit zusammen, daß ja auch die Militärjustiz von Elementen der Disziplin durchdrungen ist[1]. Alles in allem gehen danach jedenfalls sowohl im Zivil- als auch im Militärverfahren die strafende Justiz und die strafende Verwaltung ineinander auf. Daher hier wie dort der Grundsatz des Ne bis in idem[2].

Ist danach also auch der genannte Grundsatz als prozessualer durch die Struktur des Verfahrens bedingt und für das Verhältnis des Justiz- zu dem Verwaltungsstrafrecht grundsätzlich ohne Präjudiz, so kann doch nicht geleugnet werden, daß eine solche Struktur des Verfahrens und eben deshalb die Geltung jenes Grundsatzes undenkbar wären, wenn nicht das Verhältnis von Justiz- und Verwaltungsstrafrecht ihr Vorschub leistete. Es ist nämlich die Gehorsamspflicht der Gliedpersönlichkeit gegenüber den Normen des Verwaltungsstrafrechts nur eine Ergänzung der in den Normen des Justizstrafrechts rechtlich sanktionierten ethischen Pflichten der Individualpersönlichkeit. Die von Laband[3] zum erstenmal erfolgreich bekämpfte Auffassung der Disziplinarvergehen trifft für die Verwaltungswidrigkeiten bis zu einem gewissen Grade[4] zu. Deshalb ist ein Verbrechen, wenn auch regelmäßig materiell und oft genug genetisch, so doch niemals formell und dogmatisch als solches zugleich eine Verwaltungswidrigkeit. Insbesondere hört eine Verwaltungswidrigkeit als solche zu sein auf, sobald sie infolge des diesseits wiederholt betonten Abschichtungsprozesses zwischen Verwaltungs- und Justizstrafrecht[5] Verbrechen geworden ist[6]. Ganz anders das Disziplinarvergehen. Ein Verbrechen ist regelmäßig zugleich als solches Disziplinarvergehen[7].

---

[1] So auch Hecker im Gerichtssaal XXXI S. 507, 508.
[2] Ebenso Hecker a. a. O. S. 506.
[3] Staatsrecht I. S. 453 Anm. 5.
[4] Vgl. unten.
[5] Verwaltungsstrafrecht § 33.
[6] Verwaltungsstrafrecht S. 66 Anm. 152.
[7] So auch Labes in Hirths Annalen, 1889, S. 253; Loening, Lehrb. d. deutsch. Verw.-R., 1884, S. 126; v. Liszt a. a. O. in Holtzendorff, Rechtslex. Art. Ordnungs- und Disziplinarstrafen; Nagler a. a. O. S. 25.

Die Dienstpflicht des Organs ergänzt nicht nur die Pflichten des Individuums und Gliedes, sondern verstärkt dieselben. Während die Gehorsamspflicht der Gliedpersönlichkeit in der Tat nur als „niederste Pflicht“ den ethischen Pflichten der Individualpersönlichkeit zugesellt ist, erscheinen gerade umgekehrt grundsätzlich die meisten Pflichten der Individualperson zugleich als Dienstpflichten des Organs. Dieses unleugbare Verhältnis ist es zweifelsohne, welches der oben geschilderten Struktur des Verfahrens mit ihrem Grundsatz des Ne bis in idem Vorschub leistet. Woher erklärt sich aber — rein juristisch — dieses Verhältnis?

Und damit wird man denn — zugleich von den Normen auf das Strafrecht selbst übergehend — zu dem letzten und wichtigsten Einwand gegen die gegebene Verwaltungsstrafrechts-Theorie geführt. Daß die Gehorsamspflicht der Gliedperson nicht mit den ethischen Pflichten der Individualperson konkurriert, dieselben vielmehr lediglich ergänzt, während das Umgekehrte in Ansehung der Dienstpflicht des Organs der Fall ist, hat offenbar seinen Grund darin, daß ja auch die Verletzung der ethischen Pflichten der Individualperson schon und lediglich in der Gliedperson geahndet wird, m. a. W. daß ja auch das Justizstrafrecht sich wie das Verwaltungsstrafrecht gegen die Gliedperson richtet. Der Staat braucht also zur Begründung seines Strafrechts gegenüber der Gliedperson da keine gliedschaftliche Gehorsamspflicht mehr, wo es ihm schon durch die ethischen Pflichten des Individuums gewährleistet ist, während er umgekehrt für sein Strafrecht gegenüber dem Organ stets und unter allen Umständen auf die organschaftliche Amtspflicht zurückgreifen muß. Ist damit nicht aber nun in der Tat der Unterschied von Justiz- und Verwaltungsstrafrecht ein problematischer, und hat nicht Preuß recht, wenn er nur je nach der Organ- oder Gliedpersönlichkeit Disziplinar- und Justizstrafrecht unterscheidet? Denn, wie gesagt, das ist ohne weiteres zuzugeben: auch das Justizstrafrecht richtet sich gegen die Gliedpersönlichkeit. Der Justizstrafrechtssatz grenzt, im Gegensatz zu seiner Norm, den Machtbereich von Staat und Gliedpersönlichkeit voneinander ab; er gehört zum Sozialrecht im Gierkeschen Sinne.

Nun werden vielleicht schon die obigen Ausführungen über scheinbares Disziplinarstrafrecht, das in Wahrheit Verwaltungsstrafrecht ist, die Existenz eines Strafrechts, welches nicht mehr Disziplinar- und doch noch nicht Justizstrafrecht ist,

nahe gelegt haben. Des weiteren liegt aber hier etwas Tieferes zugrunde.

IV.

Mit Recht ist von Jellinek[1] stets betont worden, daß auch die subjektiven Privatrechte nicht einem von allen sozialen[2] Beziehungen isolierten Individuum als eigen gedacht sind. Auch das Privatrecht sei bis zu einem gewissen Grade Sozialrecht. Insonderheit werde erst durch öffentlich-rechtlichen Schutz, den von Wach sogenannten Rechtsschutzanspruch der Gliedperson gegen den Staat das Privatrecht und mit ihm die Anerkennung der Individualpersönlichkeit vervollständigt[3]. Dieser Rechtsschutzanspruch, der erste und wichtigste Ausfluß des von Jellinek sogenannten positiven Status (status civitatis), sei also erst „die Gewähr der Anerkennung der ganzen vom Staatsgebiete freien Privatsphäre (d. i. des negativen Status, status libertatis) und des gesamten Privatrechts“[4].

Was Jellinek hier vom Rechtsschutzanspruch sagt, gilt von dem staatlichen Recht, welches in seiner Eigenschaft als Pflichteinschärfungsrecht die Antithese des Rechtsschutzanspruchs sein dürfte, dem Justizstrafrecht. Wie der Rechtsschutzanspruch von der Gliedperson ausgehend der in ihrem Rechte gekränkten Individualperson zugute kommt und kommen soll, so trifft das staatliche Justizstrafrecht in der Gliedperson die pflichtvergessene Individualperson. Hier wie dort muß die Eigenschaft als Gliedperson die Unvollkommenheiten der Individualperson wettmachen. Daß das Justizstrafrecht in der Gliedperson die Individualperson trifft und treffen will, erhellt umgekehrt auch daraus, daß der Strafjustiz gegenüber mehr oder weniger von jeher der Status libertatis des Individuums rechtlich geschützt war[5]. Und schon Gierke rechnet daher[6] das Justizstrafrecht zu den Verhältnissen „des staatsrechtlich begründeten Individualrechts“, die sich sowohl von denen des „freien Privatrechts“ wie des „reinen Staatsrechts“ unterscheiden. Damit stimmt durchaus das hier Vertretene überein. Es ist leider

[1] System S. 87, 88; Staatslehre S. 346.
[2] d. i. hier im engeren Sinn des Gliedschaftsverhältnisses zu einem höheren sozialen Organismus. Vgl. im übrigen oben.
[3] System S. 118 ff.
[4] System S. 122.
[5] Genau so Jellinek, System S. 96.
[6] Genossenschaftstheorie S. 191, 192 Anm. 1.

nicht angängig, diese vielleicht für die Justizrechtstheorie (Strafrecht, Strafprozeßrecht, Zivilprozeßrecht) nicht unfruchtbare Parallele hier weiter zu verfolgen. Nur soviel sei bemerkt: Vom konkreten Rechtsschutzanspruch scheidet die moderne Zivilprozeßrechtslehre scharf den Anspruch auf Justizgewährung überhaupt, das zuerst von Degenkolb ermittelte abstrakte Klagrecht[1]. Dieses ist nur „Mittel zum Zweck" der Durchführung jenes[2]. Genau so ist vom konkreten Justizstrafrecht zu unterscheiden das abstrakte Justizzwangsrecht[3], welches nichts als eine Erscheinungsform des allgemeinen Staatsgewaltsrechts ist. Auch dieses ist hier nur das Mittel zum Zwecke der Durchführung jenes. Der Justizgewährungs- und Rechtsschutzpflicht des Staates korrespondiert sein Justizzwangs- und Justizstrafrecht. Die abstrakten staatlichen Justizpflichten und -rechte sind nur Mittel zwecks Erfüllung und Durchführung der konkreten, der Rechtsschutzpflicht und des Justizstrafrechts, gegenüber dem Individuum.

Von alledem das Widerspiel im Verwaltungsstrafrecht. Es ist wirklich nichts als die Zuchtgewalt der Gesamtperson gegenüber der Gliedperson, welche sich in den Gesamtwillen, wie er sich in den Normen des Verwaltungsstrafrechts offenbart, nicht einordnen will, also gegenüber der Gliedperson als solcher. Daher denn auch hier die gerade Umkehrung des Verhältnisses der abstrakten und konkreten Verwaltungsrechte als bei den Justizrechten. Beim Verwaltungsstrafrecht ist nicht, wie beim Justizstrafrecht, dieses in concreto selbst sowie dahinterliegend das in Frage kommende Individuum (um mit v. Liszt zu sprechen, „seine Anpassung oder Ausscheidung") Zweck, das abstrakte Verwaltungszwangsrecht Mittel, vielmehr gerade umgekehrt das konkrete Verwaltungsstrafrecht Mittel zur Aufrechterhaltung des abstrakten Gehorsamsrechts. Also auch bezüglich der Strafe finden wir gerade wie bezüglich der Norm des Verwaltungsstrafrechts Bindings Strafrechtskon-

---

[1] Vgl. Wach, Hdb. des deutsch. Zivilprozeßrechts, I S. 22.

[2] Wach, a. a. O. S. 23.

[3] Ob das, von Binding, insbesond. Hdb. S. 192 ff. zum ersten Male scharf neben dem materiellen Strafrecht hervorgehobene, Strafverfolgungsrecht — Binding nennt es in Konsequenz seiner Auffassung der Strafrichterfunktion (Normen I 15, anders besonders Bierling i. d. Ztschr. f. d. ges. Strafr.W. X S. 309 ff.): Strafklagerecht — richtig dem konkreten Justizstrafrecht als dessen formelle, prozessuale Seite oder dem abstrakten Justizzwangsrecht zuzuzählen ist, dies zu entscheiden ist hier nicht der Ort. Vgl. dazu neuestens O. Bülow i. d. Zeitschr. f. deutsch. Zivilprozeß, Bd. 31.

struktion[1] im großen und ganzen bestätigt. Ähnliches gilt aber, wenn der Verfasser recht sieht, auch von der Antithese des Verwaltungsstrafrechts, dem von Jellinek[2] aufgestellten zweiten Ausfluß des Status civitatis, dem Anspruch „auf Interessenbefriedigung durch staatliche Verwaltungstätigkeit". Bei diesem scheint der konkrete Anspruch mehr oder weniger Hebel zwecks Durchsetzung des abstrakten zu sein, daß der Staat überhaupt durch Verwaltung Interessen befriedigt.

Diese sich unmittelbar aus der Eigenart der verwaltungsstrafrechtlichen Norm ergebende Eigenart des Verwaltungsstrafrechts hat denn auch trotz ihrer völligen Verkennung in der lex lata in ihr nicht unterdrückt werden können.

Zunächst ist ja auch heute keineswegs die Verwaltung bei der Handhabung des Verwaltungsstrafrechts völlig durch die Justiz verdrängt. Man denke an das Verfügungs-, Bescheids- und Submissionsverfahren. Freilich ist heute die Verwaltung bei der Ausübung ihrer Strafgewalt formell womöglich noch mehr zurückgedrängt als bei ihrer Normierung. Aber wie bei dieser kommt es ja überhaupt auf die formelle Differenz weniger an als auf die materielle. Würde nicht schon die herrschende staatsrechtliche Terminologie von dem formellen und materiellen Gesetz, von der formellen und materiellen Verordnung auf die Verwaltungsstrafrechtstheorie nur cum grano salis anwendbar sein, man wäre versucht, hier von formellen und materiellen Justizakten usw. zu sprechen, denn auch in den Händen der Justiz verleugnet die Verwaltungsstrafgewalt ihre Eigenart nicht. Und zwar offenbart sie sich keineswegs nur in der Norm, auf deren Übertretung sie folgt, vielmehr auch in der Strafe selbst. Hat auch unser RStrGB., soviel an ihm lag, getan, unter Vergewaltigung der Tatsachen und Verkennung der Bedürfnisse dem Verwaltungsstrafrecht den Lebensnerv abzuschneiden[3], die Gewalt der Tatsachen und die Macht der Bedürfnisse waren doch stärker. Schon bei der Beratung des StrGB. hat dies der Abg. Windhorst

[1] Normen I 412 ff.; Grdr. Allg. Teil, 6. Aufl. (1902) S. 184 ff. Vgl. d. Verf. im Archiv f. Strafr. Bd. 49 S. 87 Anm. 16 a. E. Natürlich müssen Bindings für das Justizstrafrecht bestimmte Ausführungen für die Sphäre des Verwaltungsstrafrechts gleichsam transponiert werden; die Verwaltungsstrafe soll, als rein formelle Strafe, dem Übertreter die übertretene Verwaltungsnorm nachdrücklich in Erinnerung bringen. Vgl. hierzu Verwaltungsstrafrecht S. 442 Anm. 22.

[2] System S. 122.

[3] Hiergegen auch Binding, Normen I S. 397 Anm. 1.

hervorgehoben, dessen kurze Bemerkungen[1] weit tiefer gehen als die an dieser Stelle geradezu beispiellos oberflächlichen[2] Ausführungen der Motive. Heißt auch die Freiheitsstrafe des Polizeistrafrechts nicht mehr, wie z. B. im § 333 des preußischen StrGB. „polizeiliche Gefängnisstrafe", so unterscheidet sie sich doch als „Haft" immer noch sehr wesentlich von den Freiheitsstrafen des Justizstrafrechts. Man denke u. a. nur daran, daß auch neben Zuchthaus gesondert auf Haft zu erkennen ist. Auch im übrigen ist die strafrechtliche Behandlung der „Übertretungen" eine wesentlich andere als die der Verbrechen und Vergehen. Noch schärfer tritt das hervor im Finanzstrafrecht. Hier heißt die Strafe der gemeinen Finanzwidrigkeit geradezu „Ordnungsstrafe"[3]. Freiheitsstrafe ist für solche regelmäßig nicht zugelassen. Speziell im Stempelstrafrecht ist regelmäßig sogar Substitution einer Freiheitsstrafe und Subhastation eines Grundstücks wegen der Geldstrafe ausgeschlossen. Die vielfach vorkommenden verwaltungsstrafrechtlichen Schuldvermutungen, wie Haftungen Dritter für Geldstrafen, lassen sich nur aus verwaltungsrechtlichen Gründen erklären. Schließlich ergehen in Verwaltungsstrafsachen grundsätzlich[4] keine Strafnachrichten, die Verwaltungsstrafen rechnen mithin nicht als „Vorstrafen".

Man sieht also zur Genüge, daß nicht nur in den Normen, sondern auch in den Strafrechten selbst der Unterschied von Justiz- und Verwaltungsstrafrecht zum Ausdruck kommt. Freilich, darüber kann und soll auch keine Ausführung hinwegtäuschen: Da das Justizstrafrecht immer mindestens, das Verwaltungsstrafrecht immer höchstens die Gliedpersönlichkeit, das Disziplinarstrafrecht aber das Organ trifft, ist das Verwaltungsstrafrecht auf eine ergänzende Funktion im Verhältnis zum Justizstrafrecht zurückgedrängt, während dem Disziplinarstrafrecht seine volle Wirksamkeit bewahrt ist. Daher ist zwischen ihm und den beiden anderen Strafrechten der reine Qualitätsunterschied aufrecht erhalten, während der Unterschied zwischen Justiz- und Verwaltungsstrafrecht — wozu auch noch die Anerkennung der Gliedperson das Ihrige beigetragen

---

[1] Vgl. Verwaltungsstrafrecht S. 438; Archiv f. Strafrecht Bd. 49 S. 74; Dtsch. Jur.-Ztg. VII 214.

[2] Dies wirft auch Berolzheimer a. a. O. S. 257 den Motiven vor.

[3] Vgl. Verwaltungsstrafrecht S. 429 Anm. 77.

[4] Ausgenommen sind die Übertretungen des § 361 Nr. 1—8 RStrGB., welche auch offenbar krimineller Natur sind.

hat — füglich nur als ein qualitativer Quantitätsunterschied bezeichnet werden kann. Das ist aber so wenig ein Einwand gegen die entwickelte Theorie des Verwaltungsstrafrechts, daß es vielmehr eine Erhärtung derselben darstellt; denn nicht richtig wäre es, das Unterschiedsverhältnis der Strafrechte dahin zu fixieren, daß das Disziplinarstrafrecht und nur dieses überhaupt einem ganz anderen Rechtsverhältnis entspringt als das Justiz- und Verwaltungsstrafrecht. Vielmehr entspringt auch das staatliche Disziplinarstrafrecht dem staatlichen Gliedschaftsverhältnis, nur einem gesteigerten Gliedschaftsverhältnis, dem Organschaftsverhältnis. Daß das Organschaftsverhältnis nur ein gesteigertes Gliedschaftsverhältnis ist, dies dargetan zu haben, ist das Verdienst der organischen Staatstheorie, und Preuß hat daraus auch gegenüber Laband die entsprechende Folgerung für das Wesen des Disziplinarstrafrechts gezogen. Damit wird zugleich, in Fortentwickelung eines schon von v. Liszt ausgesprochenen Gedankens, die richtige Mitte gewonnen zwischen der alten mit Recht von Laband[1] zurückgewiesenen Ansicht, welche im Disziplinarstrafrecht nur eine Ergänzung des zum Justizstrafrecht gehörenden Standesstrafrechts der Amtsverbrechen sah[2], und Labands Ansicht selbst, welche das Disziplinarstrafrecht als Ausfluß eines nach privatrechtlicher Parallele konstruierten öffentlich-rechtlichen Dienstvertrags auffaßt. Auch Jellinek[3] hat sich schon gegen Laband erklärt, aber doch[4] das „einfache Gewaltverhältnis", aus welchem das Disziplinarstrafrecht entspringt, dem „Herrschaftsverhältnis", welches das Justizstrafrecht erzeugt, entgegengesetzt. Ein solcher Gegensatz besteht aber in diesem Sinne jedenfalls nicht mehr, sobald man die „öffentlich-rechtliche" Natur des Beamtenverhältnisses anerkennt[5]. Denn „öffentlich-rechtliches" Verhältnis heißt Gliedschaftsverhältnis und, wenn es sich um Staatsgliedschaft handelt, Staatsverhältnis[6]. Dieses Staatsverhältnis ist allerdings intensiv desto

[1] Staatsrecht, I 453 Anm. 5.

[2] Was mit der Maßgabe des qualitativen Quantitätsunterschiedes für das Verhältnis des Verwaltungs- zum Justizstrafrecht gilt. Gerade umgekehrt — vgl. oben III am Anfang — behandelt Gierke noch die Staats- und Amtsverbrechen als den Glied- bezw. Organpersonen zur Last fallend.

[3] System S. 203 Anm. 1, S. 206 Anm. 1.

[4] System S. 205 Anm. 1.

[5] Gegen Jellinek neuestens Preuß, Amtsrecht, S. 93ff.

[6] In wieweit damit Hänels Staatsverhältnis akzeptiert wird, darüber vgl. Preuß bei Schmoller XXVI 140.

schwächer, je weiter es extensiv reicht; es ist intensiv am stärksten, extensiv am eingeschränktesten beim Justizzwang; es wird intensiv schwächer, dafür extensiv weiter beim allgemeinen Verwaltungszwang; wieder eine Abschwächung an Intensität, eine Erweiterung an Extensität bei dem sogenannten Disziplinar-, besser speziellen Verwaltungszwang, z. B. gegenüber von Soldaten, Strafgefangenen, Zeugen[1]; am intensiv schwächsten, dafür am extensiv weitesten schließlich bei dem eigentlichen Disziplinarzwang gegenüber Beamten[2]. So kann sich das „Herrschaftsverhältnis" bis zum „einfachen Gewaltverhältnis" abschwächen, immer aber bleibt es ein einziges Verhältnis, das Staatsverhältnis. Damit hängt auch zusammen, daß die außerhalb des Staatsverhältnisses bestehenden sozialrechtlichen Gliedschaftsverhältnisse regelmäßig nur „einfache Gewaltverhältnisse" sind, was im Staatsverhältnis eben gemeinhin nur bezüglich des Organschaftsverhältnisses der Fall zu sein pflegt.

Wenn danach Jellinek die staatlichen Strafrechte gliedert[3]: „1. in die aus dem allgemeinen Imperium des Staates entspringenden, 2. in die aus speziellen Herrschafts- (Soldaten, Strafgefangenen, Zeugen) und 3. in die aus einfachen Gewaltverhältnissen hervorgehenden", so ist zu erwidern: auch diese Strafrechte entspringen nicht aus verschiedenen einander koordinierten, sondern aus verschiedenen einander subordinierten Rechtsverhältnissen[4], in letzter Linie also alle einem superordinierten Rechtsverhältnis, dem Staatsverhältnis. Ist dies aber der Fall und gründet sich weiter die Differenzierung der Strafrechte aus speziellen Herrschafts- und einfachen Gewaltverhältnissen überhaupt nur auf die Verschiedenheit der Intensität und Extensität, so steht nichts im Wege, das aus dem allgemeinen Imperium entspringende Strafrecht zu differenzieren, je nachdem es an Intensität schwächer, an Extensität weiter sich gegen die Gliedperson als solche richtet oder an Intensität stärker, an Extensität beschränkter in der Glied-

[1] Vgl. oben.

[2] Genau das Gegenspiel bei den subjektiven öffentlichen Rechten der Gliedpersonen: Am intensiv stärksten, extensiv beschränktesten der Anspruch auf Justizgewährung, eventuell Rechtsschutz; intensiv schwächer, extensiv weiter der Anspruch auf Interessenbefriedigung durch Verwaltungstätigkeit; intensiv am schwächsten, extensiv am weitesten gehend das Organschaftsrecht (im Sinne Jellineks nur als Status der aktiven Civität d. i. Recht auf Organstellung).

[3] a. a. O. S. 205 Anm. 1.

[4] Vgl. hierzu Bierling, Jurist. Prinzipienlehre, I (1894) S. 309.

person die Individualperson treffen will und trifft, mit anderen Worten in Verwaltungs- und in Justizstrafrecht. Jellinek selbst unterscheidet ja auf der Aktivseite der Gliedpersönlichkeit einen Anspruch auf Rechtsschutz und auf Verwaltungstätigkeit, ohne daß diese Ansprüche durch etwas anderes differierten als durch ihren Inhalt[1]. Da es aber zwischen Staat und Gliedperson im Grunde nur ein einziges Rechtsverhältnis gibt, das Staatsverhältnis, lassen sich die subjektiven öffentlichen Rechte, sowohl des Staats[2] wie der Gliedperson nur nach der Verschiedenheit ihres Inhalts differenzieren. Diese Verschiedenheit kann bedingt sein durch spezielle Voraussetzungen[3], wesentlich ist das aber nicht. Im Gegenteil, liegen die Voraussetzungen für die wichtigsten Verschiedenheiten subjektiver öffentlicher Rechte und Pflichten in dem allgemeinen, nicht wechselnden Inhalt des Staatsverhältnisses selbst: zu der Individualpersönlichkeit in der Gliedpersönlichkeit (Justiz) und zu der Gliedpersönlichkeit als solcher (Verwaltung).

V.

Es bleibt zum Schlusse nur noch die Frage, wie nach alledem der Verwaltungsstrafrechtssatz selbst zu konstruieren ist. Jedenfalls fällt er in die Kategorie der berechtigenden Rechtssätze. Steckt aber in ihm, ebenso wie in seiner Norm, auch eine Verwaltungsvorschrift? So wie in seiner Norm jedenfalls nicht[4]! Denn was die Norm des Verwaltungsstrafrechts als Mixtum-Kompositum von Verwaltungsbefehl und Rechtssatz erscheinen läßt, die Tatsache, daß in ihr einfach der Verwaltungsbefehl den sonst verpflichtenden Rechtssätzen innewohnenden ethischen Überzeugungskern ausmacht, diese Tatsache findet in dem berechtigenden Verwaltungsstrafrechtssatz selbst keine Parallele. Vielmehr ist in diesem die Verwaltung einfach als Berechtigter geschützt. Es ist lediglich die Verschiedenheit des Inhalts, welche den Verwaltungsstrafrechtssatz von den übrigen berechtigenden Rechtssätzen, insbesondere den Justizstrafrechtssätzen, unterscheidet. Sie besteht, ent-

[1] Auch auf den Status libertatis ist hier hinzuweisen.

[2] Nur durch seine variierende Extensität und Intensität kann das staatliche Gewaltsrecht (Jellinek, System S. 187) differenziert werden. Aber die Differenzierung der subjektiven öffentlichen Rechte der Gliedpersonen ist dann im Grunde auch nichts andres.

[3] Vgl. dazu insbesondere Jellinek, System, S. 193ff.

[4] Besonders die obigen Ausführungen enthalten wesentliche Berichtigungen der Verwaltungsstrafrecht S. 568ff. aufgestellten Theorie.

sprechend dem Unterschied von Verwaltungsstrafgewalt und Strafjustiz, darin, daß zwar beide Male derselbe Berechtigte (Staat) und derselbe Verpflichtete (Gliedpersönlichkeit) erscheinen; nur das eine Mal erscheint in dem Verpflichteten von Haus aus die Persönlichkeit, das andere Mal das Glied. Wie eben schon Jellinek[1] treffend feststellt, ist der Strafjustiz gegenüber der Status libertatis der Gliedpersönlichkeit von jeher geschützt gewesen, während die Umwandlung der Verwaltungsstrafgewalt in ein Verwaltungsstrafrecht erst eine moderne Errungenschaft ist. Also nur genetisch, nicht wie bei der Norm des Verwaltungsstrafrechtssatzes dogmatisch, kann man hier sagen, daß der Verwaltungsstrafrechtssatz selbst den Übergang bildet von Rechtssatz und Verwaltungsvorschrift. Als solche dem Verwaltungsstrafrechtssatz nahestehende Verwaltungsvorschriften könnte man die ja noch heute von der herrschenden Lehre[2] als Verwaltungsverordnungen angesehenen sog. Organisationsverordnungen bezeichnen, sofern nicht die Eigenart des Verwaltungsstrafrechtssatzes als eines Strafrechtssatzes die sonstigen die Verwaltung berechtigenden Rechtssätze als einen den Organisationsverordnungen verhältnismäßig viel näherstehenden Typus erscheinen ließe. So sind es gar keine eigentlichen Verwaltungsvorschriften, mit denen wir den Verwaltungsstrafrechtssatz vergleichen dürfen, vielmehr nur Verwaltungsakte, wie etwa einerseits die Disziplinarstrafverhängung, anderseits die den Erfüllungszwang vorbereitende Verfügung[3].

So erklärt es sich denn auch, daß es zwar möglich gewesen ist, so in Frankreich und Süddeutschland, die Verwaltungsstrafrechtssätze selbst erschöpfend zu kodifizieren, daß man aber niemals und nirgends das Gleiche bezüglich der Normen des Verwaltungsstrafrechts vermocht hat.

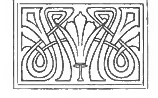
Zusammenfassend kann man daher sagen: Das Verwaltungsstrafrecht ist in doppelter Hinsicht Verwaltungsrecht. Einmal, insofern seine Normen als verpflichtende Rechtssätze statt eines

[1] System S. 96.

[2] Laband, Staatsrecht II S. 167, 185; Jellinek, Gesetz u. Verordn. S. 387; ders. System S. 229. Dagegen Gierke bei Schmoller VII, S. 1144 u. Preuß a. a. O. in Hirths Annalen u. Jahresbericht der Jurist. Gesellsch.

[3] Vgl. oben.

unmittelbaren ethischen Überzeugungsinhalts als Kern einen Verwaltungsbefehl enthalten; sodann, insofern seine Strafrechtssätze als berechtigende Rechtssätze inhaltlich die Verwaltungsstrafgewalt betreffen. Für die staatsrechtliche Terminologie folgt daraus, daß jedenfalls die eine Norm oder einen Strafrechtssatz des Verwaltungsstrafrechts enthaltende Verordnung, insbesondere die Polizei- oder Polizeistrafverordnung, nicht schlechtweg als „formelle" bezeichnet werden kann.



RICHARD EDUARD KOCH.

Koch wurde am 15. September 1834 zu Kottbus geboren und besuchte daselbst das Friedrich-Wilhelms-Gymnasium, das er im Alter von $16^1/_2$ Jahren mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ostern 1851 bezog er die Universität Berlin, wo er 5 Semester hindurch die Rechte studierte. Nachdem ihm vom Justizminister für das 6. Semester Dispens erteilt war, bestand er die erste juristische Prüfung mit dem Prädikat „gut“, wurde am 28. Oktober 1853 zum Auskultator ernannt und als solcher am 2. November 1853 bei dem Kreisgerichte in Kottbus vereidigt. Unter dem 11. April 1855 erfolgte seine Ernennung zum Appellationsgerichts-Referendarius auf Grund einer guten mündlichen Prüfung und einer Proberelation, welche der Zensor „als eine vorzüglich gute Arbeit“ erklärte, „die selbst einem geübteren Praktiker zur Ehre gereichen würde.“ Als Referendar arbeitete er bei dem Kreisgericht in Kottbus und seit November 1856 bei dem Kammergericht. Nachdem er auch das dritte Examen mit dem Prädikat „gut“ bestanden hatte, wurde er unter dem 21. Mai 1858 zum Gerichtsassessor (mit Dienstalter vom 12. April desselben Jahres) ernannt. Als solcher vertrat er zunächst kurze Zeit einen Rechtsanwalt in Spremberg und den Staatsanwalt in Kottbus, arbeitete seit dem 30. September 1858 bei dem Kreisgericht in Berlin, wurde im März 1859 dem Oberstaatsanwalt in Frankfurt a. O. zur Beschäftigung überwiesen und trat anfangs April 1859 als Hilfsrichter bei dem Appellationsgericht in Ratibor ein. Vom 1. Oktober 1859 ab war er $2^1/_2$ Jahre hindurch als Hilfsrichter bei dem Appellationsgericht in Halberstadt tätig. Während dieser Zeit führte er auch vorübergehend die Vertretung des Justitiars bei dem Bergamt daselbst. Unter dem 27. März 1862 wurde er zum Stadt- und Kreisrichter bei dem Stadt- und Kreisgericht in Danzig ernannt. Nachdem er zum 1. Oktober 1865 als Stadtrichter an das Stadtgericht in Berlin versetzt worden war, erfolgte durch Allerhöchste Bestallung vom 18. Juni 1867 seine Ernennung zum Stadtgerichtsrat. Als solcher wurde er am 1. Januar 1868 zur Führung des Protokolls über die Beratungen der Kommission zur Ausarbeitung einer gemeinsamen Zivil-

prozeßordnung für die Staaten des Norddeutschen Bundes berufen.

Am 3. Oktober 1870 trat er als Hilfsarbeiter bei dem Hauptbankdirektorium ein, um unter dem 24. März 1871 zum Geheimen Finanzrat, Hauptbank-Justitiarius und Mitglied des Hauptbankdirektoriums ernannt zu werden. Die Umwandlung der Preußischen Bank in die Reichsbank, an deren Durchführung er hervorragend beteiligt war, hatte seine Ernennung zum Reichsbank-Justitiarius vom 1. Januar 1876 ab zur Folge. Mittels Allerhöchster Bestallung vom 1. Mai 1876 wurde er zum Geheimen Oberfinanzrat ernannt.

Im August 1886 erteilte ihm die Universität Heidelberg bei Gelegenheit ihrer 500jährigen Jubelfeier ehrenhalber die Würde eines Doktors der Rechte, unter besonderem Hinweis darauf, daß er — wie es in dem Diplom heißt — „legem patriam de processu judiciario condendam observationibus acutis praeparavit, conditam commentariis luculentis illustravit, jus mercaturae scriptis suis promovit atque alienarum gentium consuetudines commercio utilissimas investigavit semperque doctrinam cum usu feliciter coniunxit."

Am 30. April 1887 wurde ihm die neugeschaffene Stelle eines Vizepräsidenten des Reichsbankdirektoriums und am 5. Mai 1888 der Rang eines Rates erster Klasse verliehen.

Nach dem Tode des Herrn von Dechend erfolgte seine Ernennung zum Präsidenten des Reichsbankdirektoriums mittels Allerhöchster Bestallung vom 23. Mai 1890. Im Jahre darauf wurde er auf Lebenszeit in das Herrenhaus berufen unter gleichzeitiger Ernennung zum Kronsyndikus.

Bei Berufung der sog. „Börsen-Enquete-Kommission" zur Untersuchung der im Börsenwesen hervorgetretenen Mißstände zum Vorsitzenden bestellt, hat er die Verhandlungen der Kommission von Eröffnung der Beratungen (6. April 1892) bis zum Schlusse derselben (11. November 1893) geleitet.

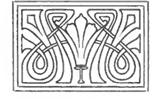
Durch Allerhöchste Order vom 14. August 1893 wurde er zum Wirklichen Geheimen Rat mit dem Prädikat „Exzellenz" ernannt.

Bei den Verhandlungen der internationalen Währungskonferenz, die auf Anregung Mexikos und der Vereinigten Staaten von Amerika in Berlin vom 16. bis 23. Juli 1903 stattfand, um die Anbahnung eines festen Wertverhältnisses zwischen dem Gelde der Gold- und der Silberwährungsländer zu erörtern, führte er den Vorsitz. —

Zu erwähnen bleibt, daß er wiederholt bei Vorbereitung von Reichsgesetzen, insbesondere bei Beratung des Gesetzentwurfs betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften, sowie bei Beratung des Entwurfs eines Warrantgesetzes zur Mitwirkung herangezogen worden ist.

Hand in Hand mit seinem amtlichen Wirken geht eine fortgesetzte wissenschaftlich-literarische Tätigkeit, die von der Behandlung des Zivil- insbesondere Handelsrechts und des Zivilprozeßrechts ihren Ausgang nahm und sich demnächst auf die verschiedensten Gebiete des Bank- und Münzwesens, namentlich nach der juristischen Seite hin, erstreckte.

Dr. von Glasenapp,
Geheimer Oberfinanzrat, Berlin.



Berichtigung.

S. 178 letzte Zeile der Note 3 lies statt S. 31: S. 177.

OTTO LIEBMANN, Verlagsbuchhandlung, BERLIN W. 35.

Kommentar zum Preußischen Stempelsteuergesetz.

Mit Tabellen, Ausführungsbestimmungen, Reichsstempel- und Erbschaftssteuergesetz.

Von Justizrat **Ernst Heinitz**, Berlin.

Zweite, gänzlich umgearbeitete Auflage.

1901. M. 21.—; eleg. geb. M. 23.50.

Preußisches Ausführungsgesetz zum BGB.

unter Berücksichtigung des ALR., Gemeinen und Rhein. Rechts

kommentiert von den Justizräten

Dr. **Josef Stranz** und **Stephan Gerhard.**

Nebst einem Anhange: *Die noch geltenden privatrechtlichen Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts, des Code civil und der wichtigsten Ergänzungsgesetze.*

1900. M. 10.80; eleg. geb. M. 12.—.

Kommentar zum Reichsgesetz über die

Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Von Justizrat **Adolf Weißler,** Halle a. S.

1900. M. 7.50; eleg. geb. M. 9.50.

Wegweiser für den Rechtsverkehr zwischen

Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika.

Zweite, stark erweiterte Auflage,

zusammengestellt für die Bedürfnisse der deutschen Praxis

von Dr. jur. **Paul C. Schnitzler,**

Attorney and counsellor at law in New-York.

1903. M. 3.20; geb. M. 3.75.

Handausgabe der Deutschen Grundbuchordnung

nebst systematischer Darstellung des materiellen Liegenschaftsrechts.

Für die preußische Praxis bearbeitet von

Landgerichtspräsident † **O. Philler.**

1901. Geb. M. 5.—.

Zu beziehen durch alle Buchhandlungen sowie direkt vom Verlage.


Princeton University Library
32101 059453496

